Der Versuch

im Reichsstrafgesetzbuch und im Vorentwurf.

Inaugural-Dissertation

verfaßt und der

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Königl. Bayr. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur Erlangung der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

Wilhelm Loeb

aus **Frankenthal** (Pfalz).

Breslau.

Schletter'sche Buchhandlung

1913.

Der Versuch

im Reichsstrafgesetzbuch und im Vorentwurf.

Inaugural-Dissertation

verfaßt und der

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Königl. Bayr. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur Erlangung der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

Wilhelm Loeb
aus Frankenthal (Pfalz).

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Breslau.
Schletter'sche Buchhandlung
1913.

Referent:

Professor Dr. Fr. Oetker.

Meinen lieben Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549803_0111

Inhaltsangabe.

Seite

I. Teil:

Der Versuch:

I. Der Begriff des Versuchs.
1. Versuch und Vollendung 2
2. Die subjektiven Voraussetzungen beim Versuch 5
3. Die objektiven Voraussetzungen beim Versuch 7
II. Zweifelhafte Fälle.
1. Das Wahnverbrechen, der untaugliche Versuch, der Mangel am Tatbestand 14
2. Die sonstigen Fälle 21
III. Arten des Versuchs 24

II. Teil:

Die Bestrafung des Versuchs:

I. Der strafbare Versuch 26
II. Der straffreie Versuch.
1. Die allgemeinen Straffreiheitsgründe 34
2. Die spezifischen Strafaufhebungsgründe 35
a) freiwilliger Rücktritt 36
b) tätige Reue 41
III. Der qualifizierte Versuch, der Rücktritt beim vollendeten Verbrechen, bei Versuchs- und Vorbereitungsdelikten 46

III. Teil:

Kriminalpolitische Betrachtungen. 50

Literatur.

1. Lehrbücher:

Binding: Grundriß des deutschen Strafrechts, Allg. Teil, 7. Aufl., Leipzig 07.
Finger: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Berlin 04.
v. Liszt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 19. Aufl., Berlin 12.
Meyer-Allfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 7. Aufl., Leipzig 12 (citiert: M.-Allf.)

2. Kommentare:

Frank: Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 8.—10. Aufl., Tübingen 11.
Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch, 8. Aufl., Berlin 09.
Daude: Strafgesetzbuch, 11. Aufl., Berlin 10.
Rüdorff: Strafgesetzbuch, neu bearbeitet v. Liszt und Delaquis, 23. Aufl., Berlin 10.

3. Monographien und kritische Arbeiten:

Baumgarten: Die Lehre vom Versuch der Verbrechen, Stuttgart 88.
v. Bar: Gesetz und Schuld, Bd. II., Berlin 07.
v. Bülow: Der Vorentwurf zu einem deutschen Reichsstrafgesetzbuch Z. 30 (224 ff.)
v. Calker: Der Vorentwurf zu einem deutschen Reichsstrafgesetzbuch Z. 30 (279).
Chop: Über die Grenze zwischen Versuch und Vorbereitung eines Verbrechens, Leipzig 61.
Cohn: Zur Lehre vom versuchten und vollendeten Verbrechen I. Breslau 80.
Delaquis: Der untaugliche Versuch, Berlin 04.
Graf zu Dohna: Der Mangel am Tatbestand. In der Festgabe für Güterbock, Berlin 10.
Frank: Vollendung und Versuch. In der vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Bd. V., Berlin 08 (citiert Frank V.)

Finger: Der Versuch und der Vorentwurf zu einem Deutschen Reichsstrafgesetzbuch. In der Festschrift für Binding. Leipzig 11 (citiert Finger bei Binding.)

Kahl, v. Lilienthal, v. Liszt, Goldschmitt: Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuches. Mit Begründung. Berlin 11.

Kohler: Studien aus dem Strafrecht, Mannheim 95.

Kriegsmann: Kritik zu Bars Gesetz und Schuld. VI. Versuch und Teilnahme. Z. 30 (542 ff.)

Lammasch: Das Moment der objektiven Gefährlichkeit im Begriff des Verbrechensversuches, Wien 79.

v. Lilienthal: Der Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, Z. 30 (224 ff.)

v. Liszt: Zum Vorentwurf eines Reichsstrafgesetzbuches, Z. 30 (250 ff.)

Lukas: Anleitung zur strafrechtlichen Praxis. II. 3. Aufl., Berlin 12.

M. E. Mayer: Versuch und Teilnahme; in Aschrott-v. Liszt: die Reform des Reichsstrafgesetzbuches, Berlin 10. (citiert: Mayer, Reform.)

Meyer: Über den Anfang der Ausführung, Tübingen 92.

Oetker: Der Versuch im schweizerischen Vorentwurf, Z. 17 (59 ff.)

Schötensack: Verbrechensversuch und deutscher Strafgesetz-Vorentwurf. In der Festschrift für Binding. Leipzig 11.

H. Seuffert: Ein neues Strafgesetzbuch für Deutschland, München 02.

— Der Versuch, IKV. X (460 ff.)

Thomsen: Über den Versuch der durch eine Folge qualifizierten Delikte, Kiel 95.

Wach: Der Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, DJZ. 15 (10 ff.)

Zachariae: Die Lehre vom Versuch der Verbrechen, Göttingen 39, 2. Bde.

4. Amtliche und halbamtliche Materialien des In- und Auslandes.

Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages des norddeutschen Bundes.

Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, mit Begründung. Berlin 09. (citiert: VE., Begr.)

Vorentwurf zu einem österreichischen Strafgesetzbuch. Berlin 09.

Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch. Berlin 09.

Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen über den Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, gefertigt im Reichsjustizamt. Als Manuskript gedruckt. Berlin 11. (citiert: Zusammenstellung.)

5. Dissertationen:

Langenbach: Der Versuch am untauglichen Objekt und der Mangel am Tatbestand. Rostock 01.

v. Schön: Die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs und der Standpunkt der Rechtssprechung. Würzburg 08.

Wein: Rücktritt vom Versuch und tätige Reue. Würzburg 09.

6. Zeitschriften.

Deutsche Juristen-Zeitung (citiert: DJZ.)
Gerichtssaal (citiert: Ger. S.)
Goltdammers Archiv (citiert: Goltd.)
Mitteilungen der internationalen kriminalistischen Vereinigung (citiert: IKV.)
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (citiert: Z.)

7. Entscheidungen

des Reichsgerichts in Strafsachen. (citiert: RG.)

Citierweise: Regelmäßig wird nur der Name des Autors citiert. Abweichungen sind in der Literaturangabe vermerkt. Bei Aufsätzen in Zeitschriften ist der Titel des Blattes dem Namen des Verfassers beigefügt.

Zahlen ohne weitere Angabe bezeichnen die Seiten des betreffenden Werkes; z. B. Frank 78 II 1 ist gleich Frank, Kommentar, S. 78 Absatz II, Ziffer 1.

Vorbemerkung.

Die vorliegende Arbeit soll nicht in erster Linie eine erkenntnistheoretische oder eine kriminalpolitische Studie über den Versuch bieten. In dieser Hinsicht fehlt es nicht an gründlichen Monographien über jeden einzelnen Punkt unseres Themas. Den Mittelpunkt der folgenden Betrachtungen bildet vielmehr das geltende Recht und das Recht, wie es im halbamtlichen Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch vorgeschlagen wird. Gewiß, es wird sich daran bis zum Tage der Publikation des Gesetzes wohl gerade auf dem Gebiete der Versuchslehre noch manches ändern; wir stimmen mit fast allen Kritikern des Vorentwurfs darin überein, daß die vorgeschlagene Fassung nicht geeignet ist, die Unsicherheit des heutigen Rechtszustandes zu beheben, den fruchtlosen Streit der Wissenschaft zu beenden.[1]) Gerade darum erschien es gerechtfertigt, darzulegen, was Recht ist und was Recht werden soll, zu zeigen, inwieweit sich Reichsstrafgesetzbuch und Vorentwurf decken, darauf hinzuweisen endlich, ob und bis zu welcher Grenze bedeutende Männer der Theorie und Praxis diese Änderungen für notwendig und ausreichend halten. Nochmals aber sei betont: Den Brennpunkt unserer Darstellung bildet die Untersuchung des geltenden und des vorgeschlagenen Rechts; denn nur auf dieser Grundlage wird man mit kritischem Erkenntnisvermögen an subtile Forschungen herantreten können.

[1]) v. Bülow, DJZ. (217 ff.), v. Lilienthal, Z. 30 (215/16), v. Liszt, Z. 30 (271), Mayer, Reform, 335 ff.

I. TEIL.

Der Versuch.

I. Der Begriff des Versuchs.

1. Versuch und Vollendung.

Das Strafgesetzbuch knüpft seine Drohungen zunächst an die vollständige Erfüllung eines von ihm konstruierten Tatbestandes an. Oder, mit andern Worten[1]: Die an den einzelnen gesetzlichen Tatbestand geknüpfte Strafdrohung trifft nach der Fassung der Strafgesetze nur den, der diesen Tatbestand durch seine Handlung restlos verwirklicht hat. Damit ist der Begriff der Vollendung gegeben: Ein Verbrechen ist vollendet, wenn die Handlung alle zum gesetzlichen Begriffe des konkreten Delikts gehörenden Erfordernisse aufweist.[2] Wann im einzelnen Falle die Vollendung anzunehmen sei, läßt sich nicht allgemein sagen, bestimmt sich vielmehr jeweils nach dem speziellen gesetzlichen Tatbestand.[3] Der Zeitpunkt der Vollendung ist sogar bei innerlich verwandten Delikten ohne ersichtlichen Grund verschieden: So wird das Vergehen des Diebstahls bereits mit der Wegnahme in Zueignungsabsicht, das der Unterschlagung erst mit der rechtswidrigen Zueigung selbst vollendet (StGB. §§ 242, 246, VE. §§ 269, 271); ähnlich ist im geltenden Recht der Tatbestand der Münzfälschung früher verwirklicht als

[1]) Begr. 279.

[2]) Im Anschluß an v. Liszt § 46; so auch Begr. 280, Finger 294/95. Bedenken dagegen: Frank § 43 I, Frank V 164 f.

[3]) Zachariae I 20.

der der Urkundenfälschung (StGB. §§ 146, 267); der VE. räumt wenigstens mit dieser Inkonsequenz auf (VE. §§ 159, 282). Der Unterscheidung zwischen materieller und formeller Vollendung kommt künftig so wenig wie bisher praktische Bedeutung zu; die Vollendung kann vielmehr nur formell an Hand des gesetzlichen Tatbestandes bestimmt werden.

Die primären Strafdrohungen des Gesetzgebers, welche an das vollendete Verbrechen anknüpfen, genügen schließlich den Bedürfnissen des Rechtslebens und den Ergebnissen wissenschaftlicher Untersuchungen nicht mehr. Der Wille des Täters erscheint wichtiger als seine Tat und immer dringender tritt das Bedürfnis auf, die strafrechtliche Reaktion nicht erst gegen den erfolgreichen verbrecherischen Angriff eintreten zu lassen, sondern mit Strafe schon den zu treffen, der überhaupt einen solchen Angriff unternimmt, der sich bestrebt, den gesetzlichen Tatbestand zu verwirklichen und diesem bösen Willen durch eine böse Tat Ausdruck verliehen hat, wenn es ihm auch nicht gelingt, den verbrecherischen Erfolg vollständig zu erreichen.[1]) So erscheint der juristische Versuchsbegriff als ein Ergebnis kriminalpolitischer Erwägungen. Er mußte künstlich geschaffen werden, um eine Bestrafung zu ermöglichen. Solange das Gesetz bloß für das vollendete Verbrechen ein Übel in Aussicht stellt, kann der Versuch eines Delikts nicht geahndet werden. Das germanische und mittelalterlich-deutsche Recht kennen den Versuchsbegriff noch nicht. Für sie ist die starke Erfolgswertung charakteristisch: Jeder Erfolg wird als solcher dem Täter zugerechnet. Mit der fortschreitenden Kultur wächst das abstrakte Erkenntnisvermögen der Völker; das Kausalitätsgesetz wird, wenn nicht erkannt, so doch gefühlt. Der Erfolg erscheint nicht mehr als etwas isoliert dastehendes, die Betrachtung richtet sich von der Veränderung in der Außenwelt auf den Störer des Rechtsfriedens. Damit ergeben sich nach zwei Richtungen hin Modifikationen des bisherigen Rechtszustandes: Einmal ist nicht jeder Erfolg, der mit einer Person in objektivem Zusammenhang steht, dieser zuzurechnen; auf der anderen Seite hingegen darf nicht eine Willensbetätigung, weil sie ohne die von ihrem Träger beabsichtigten Folgen blieb, als strafrechtlich irrelevant angesehen werden. So entstand in der mittelalterlichen Rechts-

[1]) Begr. 279.

wissenschaft Italiens der Versuchsbegriff,[1]) der um so mehr kultiviert wurde, je mehr die fortschreitende kriminalistische Wissenschaft den Schwerpunkt ihrer Untersuchungen von der Tat auf den Täter verlegte. Jetzt ist das versuchte Verbrechen neben das vollendete Delikt getreten, ein Dualismus, der für das moderne Strafrecht kennzeichnend ist (StGB. § 43, VE. § 75); beim versuchten Verbrechen hat der Täter nicht das erstrebte Ziel erreicht, es liegt etwas Unfertiges vor, es ist dem Handelnden nicht gelungen, sein Tatvorbild in die Wirklichkeit umzusetzen, das Geschehene weicht vom Gedachten ab.[2]) Man kann deshalb beim Versuch stets von einem Mangel am gesetzlichen Tatbestand sprechen; denn charakteristisch für ihn ist, daß immer eines der Merkmale des normalen Tatbestandes unverwirklicht bleibt, stets der volle Erfolg fehlt, daß sich hier weniger ereignet als beim vollendeten Delikt.[3])

Diese Abgrenzung des versuchten vom vollendeten Verbrechen hat juristisch nicht die Bedeutung eines Tatbestandsmerkmals, will nicht zum Ausdruck bringen, daß Versuch nur dann feststeht, wenn die Nichtvollendung zweifellos anzunehmen sei.[4]) Es werden vielmehr durch diese Trennung lediglich Versuch und Vollendung geschieden, es wird ausgesprochen, daß dem versuchten Verbrechen das Charakteristikum der Vollendung, die völlige Verwirklichung des objektiven gesetzlichen Tatbestandes mangelt. Nicht soll aber damit gesagt sein, daß der Richter in jedem Fall, in dem er wegen Versuchs verurteilt, die Nichtvollendung ausdrücklich im Urteil feststellen muß. Diese ist kein negatives Tatbestandsmerkmal und sie ist deshalb auch nicht in die Schuldfrage an die Geschworenen aufzunehmen.[5])

Gehört somit die Tatsache der Nichtvollendung zwar nicht zu den objektiven Voraussetzungen, nicht zu den juristischen Merkmalen des Versuchs, so ist sie doch für die Erkenntnis des Versuchsbegriffs unentbehrlich: Denn negativ wird der Versuch als die nicht restlose Verwirklichung eines gesetzlichen Tatbestandes charakterisiert.

[1]) Vergl. v. Liszt, § 46 II.
[2]) Finger, (bei Binding) 263.
[3]) Frank, § 43 II 3.
[4]) RG. 41 (352.)
[5]) Oetker, Ger. S. 64 (109 Nr. 2.)

2. Die subjektiven Voraussetzungen beim Versuch.

Nicht überall, wo eine verbrecherische Handlung nicht alle Merkmale des gesetzlichen Begriffs des vollendeten Verbrechens in sich enthält, ist sie als Versuch zu betrachten.[1]) Nicht alles, was nicht als vollendetes Verbrechen erscheint, ist damit bereits zum Versuch in juristischem Sinne gestempelt. Dazu ist vielmehr nötig, daß die zur Beurteilung vorliegende Tatsachenkonstellation die subjektiven und objektiven Voraussetzungen des Versuchsbegriffs erfülle. Die für unser Strafgesetzbuch charakteristische Trennung zwischen subjektivem und objektivem Tatbestand soll uns auch bei der Prüfung der Frage: „Wann liegt ein Versuch im strafrechtlichen Sinn vor?“ begleiten. Unserer Beantwortung unterliegen somit die beiden Unterfragen: „Wie muß die Schuld beim Versuch beschaffen sein?“ und „Welches sind die objektiven Voraussetzungen beim Versuch?“

Wenden wir zunächst unsere Aufmerksamkeit dem subjektiven Tatbestand, der Schuldseite zu! Denn das Wesen des Versuchs liegt in seiner Richtung auf den vom Täter vorgestellten, aber nicht eingetretenen Erfolg.[2]) Vorsatz und Fahrlässigkeit sind die beiden Erscheinungsformen der Schuld; aber sowohl StGB. wie Vorentwurf kennen einen fahrlässigen Versuch nicht. Das wird allgemein anerkannt. Ob, wie dies neuerdings behauptet wird,[3]) der Versuch eines fahrlässigen Delikts möglich, seine Anerkennung gar de lege ferenda wünschenswert sei, wird im dritten Teil dieser Darstellung zu erörtern sein. Jedenfalls ist dem geltenden wie dem vorgeschlagenen Recht nur der vorsätzliche Versuch eines vorsätzlichen Delikts bekannt. Die Meinung daß im StGB. „Entschluß“ nicht gleichbedeutend mit „Absicht“ stehe, sondern lediglich „Vorsatz“ bezeichne, wird heute kaum bestritten.[4]) Immerhin ist es erfreulich, daß der Vorentwurf allen Bedenken in dieser Richtung die Spitze abbricht und daß er sich bemüht, durch die Legaldefinition der

---

[1]) Zachariae, I 21.
[2]) v. Liszt, § 46.
[3]) Frank, § 43 II q, Frank V 189; vergl. dazu Begr. 282, v. Bar 566.
[4]) Begr. 282.

Schuld[1]) jeden Zweifel über die Bedeutung des Wortes „vorsätzlich“ auszuschließen.[2])

Dem reinen Vorsatz stehen hier wie überall im Strafrecht der alternative und eventuelle dolus gleich.[3]) Von dolus alternativus pflegt man zu sprechen, wenn der Täter den einen oder andern vorausgesehenen Erfolg billigt, bei dolus eventualis dagegen nimmt er einen Erfolg überhaupt nicht als unbedingt eintretend, sondern nur als möglich an.

Der Vorsatz ist nicht etwa auf den Versuch als solchen, sondern auf das Delikt selbst gerichtet; denn der Versuch ist eine Erscheinungsform des Verbrechens überhaupt. Der Vorsatz muß alle Umstände umfassen, die zum vollendeten konkreten Verbrechen gehören, er muß auf die Begehung der strafbaren Handlung in allen ihren Tatbestandsmerkmalen abzielen.[4]) Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit ist, außer wenn es in den besonderen Tatbestand des einzelnen Verbrechens aufgenommen wurde, nicht zu fordern.[5]) Irrtum über wesentliche Umstände schließt Vorsatz aus. Wer auf einen im Gebüsch versteckten Menschen ohne Erfolg feuert im Glauben, er habe ein Stück Wild vor seiner Mündung oder wer, um sich im Zielen zu üben, auf einen Baum schießt und dabei den dahinter stehenden, ihm verborgenen aufs äußerste gefährdet, begeht keinen Tötungsversuch, weil sein Vorsatz mangelhaft ist. Nur der Vorsatz, Handlungen auszuführen, welche sich mit denen decken, die ein Paragraph des speziellen Teiles unter Strafe stellt, ist strafrechtlich relevant. Das Bewußtsein der Strafbarkeit braucht der Täter dagegen nicht zu haben, er muß überhaupt nicht wissen, daß seine Handlung vom Staate mit Nachteilen bedroht sei und daß sie insbesondere unter ein Strafgesetz falle.[6]) Im übrigen kommt dem Vorsatz, wie bereits ausgeführt wurde, beim Versuch begrifflich eine größere Bedeutung zu als regelmäßig im Strafrecht. Während nämlich im

[1]) VE. §§ 58 ff.

[2]) Vergl. aber v. Liszt Z. 30 (260.)

[3]) Begr. 282, M.-Allf. 211, Olshausen § 43 Nr. 5 III, Zachariae I 43.

[4]) M.-Allf. 210, Olshausen § 43 Nr. 6.

[5]) v. Liszt, § 41, RG. 1, (88), 15 (158), 20 (393); A. A. M.-Allf. 142; vergl. dort Note 11.

[6]) M.-Allf. 145.

allgemeinen jede Art von Schuld genügt, um ein Verbrechen in materiellem Sinn zu begründen, bildet das Vorhandensein des Vorsatzes beim Versuche ein unentbehrliches Tatbestandsmerkmal. Wir gelangen somit zu folgender Definition des Versuchsbegriffes nach der Schuldseite hin: Der Versuch wird charakterisiert durch den auf die Begehung einer konkreten strafbaren Handlung gerichteten Vorsatz.

3. Die objektiven Voraussetzungen beim Versuch.

Cogitationis poenam nemo patitur:[1]) Innerlich böses Vorhaben ohne äußerlich böse Werke soll straflos sein. Nur dann, wenn die antisoziale Gesinnung durch Taten der Ausenwelt erkenntlich wird, beginnt sie strafrechtliche Bedeutung zu gewinnen. Aber nicht jede vorsätzliche auf die Begehung eines Verbrechens gerichtete Handlung ist genügend, um den Tatbestand des Versuchs eines Delikts zu verwirklichen. Vielmehr wird sie es erst dann, wenn solche Handlungen vorliegen, die einen Anfang der Ausführung des betreffenden Verbrechens enthalten. Dieses Merkmal grenzt nicht etwa nur Versuchs- und Vorbereitungshandlungen von einander ab, sondern es gibt eine Definition des Versuchs.[2]) Letztere Behauptung ist überaus bestritten,[3]) kann aber gar nicht geleugnet werden, wenn man den Text des Gesetzes und nicht die Motive[4]) gelten läßt. Gegen das Heranziehen der Motive spricht neben der allgemeinen Erwägung, daß ihre Ausführungen keine Gesetzeskraft beanspruchen dürfen und nicht berufen sind, den klaren Text des Gesetzes zu modifizieren, im speziellen Fall die Tatsache, daß die Motive hier der Wissenschaft und namentlich der Rechtsprechung eine Aufgabe zuweisen, zu der beide überhaupt nicht berufen sind; denn sie sollen doch die Strafgesetze nicht machen, sondern sie anwenden und zu diesem Zweck den Sinn, den Willen des Gesetzes er-

[1]) l. 18, D. 48, 19.

[2]) Berner, Lehrbuch § 77, v. Birkmeyer, Encyklopädie § 10, Mayer, Reform 333, Olshausen, § 43 a. 20, 22.

[3]) Begr. 282, v. Liszt, § 47 Note 3, Rüdorff § 75, RG. 9 (81), 38 (177); vergl. Frank, V, 247—52.

[4]) Stenogr. Berichte S. 52.

forschen.[1]) Auch erscheint es als bare Willkür, ein Tatbestandsmerkmal bloß bei einer Interpretationsaufgabe gelten lassen zu wollen.[2]) Auf Grund dieser Erwägungen und nach dem klaren Wortlaut der §§ 43 StGB., 75 VE. betrachten wir es als feststehend, daß die generische Identität des vollendeten Verbrechens und des Verbrechens-Versuchs vom Gesetz gefordert wird. § 43 Strafgesetzbuch wie § 75 VE. verlangen objektiv zum Versuche Handlungen, die als Anfang der Ausführung eines Delikts erscheinen, das heißt nicht bloß Willensbetätigungen, welche als Verwirklichung des verbrecherischen Entschlusses anzusehen sind, sondern Handlungen, welche im Sinn des Strafgesetzbuchs als Teile eines in diesem enthaltenen Verbrechens oder Vergehens betrachtet werden können. Wäre die ganze Handlungsreihe dem Vorsatz des Täters entsprechend zur Durchführung gekommen, so läge eines der im speziellen Teil gekennzeichneten Delikte vor; nur durch den Mangel der Vollendung unterscheidet sich der Versuch in dieser Hinsicht vom eigentlichen Delikt. Wo nicht die Vollendung auf ein konkretes Verbrechen führt, kommen die §§ 43 resp. 75 nicht in Frage, weil eines ihrer objektiven Erfordernisse, die Produktion von Handlungen, welche als Anfang der Ausführung einer bestimmten Straftat anzusehen sind, fehlt. Vom Versuch eines Mordes ist somit weder die Rede, wenn der Täter auf einen Baumstamm schießt, noch wenn er seinem Opfer statt Arseniks Zucker in den Kaffee schüttet. Denn begrifflich kann beide Male nicht von der Tötung eines Menschen gesprochen werden. Wer beim Wegnehmen einer Uhr ertappt wird, hätte ohne die Überraschung den Tatbestand des § 242 verwirklicht: nicht aber kann ihm der gleichgestellt werden, welcher seine eigene Uhr wegnimmt, im Glauben, sie sei eine fremde. Es fehlt in diesem Falle von vornherein an einer Deliktshandlung; denn § 242 stellt nur die rechtwidrige Aneignung fremder Sachen unter Strafe. Fast alle Fälle des „Versuchs am untauglichen Objekt“ und des „Versuchs mit untauglichen Mitteln“,[3]) gehören hierher. Wo nicht die Handlung des Täters sich als tatsächlich (nicht bloß in seiner Vorstellung!) auf die

[1]) v. Bülow DJZ. 15 (222)
[2]) Mayer, Reform 336.
[3]) Vgl. unten S. 15 ff.

Verwirklichung eines deliktischen Tatbestands hinzielend erweist, liegt ein Versuch nicht vor. Ob ein vom gesetzlichen Tatbestand aufgestelltes Erfordernis garnicht oder nicht in der vorausgesetzten Weise vorhanden sei, steht gleich. Der Versuch am untauglichen Objekt ist nicht anders zu werten als der Versuch am fehlenden Objekt. Ob ich auf einen Baumstamm oder in die dunkle Nacht schieße, um meinen Feind zu töten, ändert nichts an der Beurteilung. Beide Male kommt wegen Mangels einer Deliktshandlung eine Anwendung des § 211 nicht in Frage. Mag man diese Entscheidungen billigen oder verwerfen, sie entsprechen dem geltenden und — entgegen der Ansicht der Begründung des Vorentwurfs — auch dem vorgeschlagenen Recht.[1]) Denn als Erfordernis des Versuchs erscheint die generische Identität des versuchten und des vollendeten Verbrechens. Wie zu letzterem eine objektive Rechtsverletzung gehört, so zum Versuch der Anfang einer solchen; Handlungen, die sie überhaupt nicht hervorbringen können, können also auch keinen Versuch begründen. Der Versuch wird somit nach der Tatseite hin charakterisiert dadurch, daß dem Wesen nach ein Tatbestand des speziellen Teiles des Strafgesetzbuches vorliegt.

Wenn das Gesetz fordert, daß die Täterhandlungen einen „Anfang der Ausführung eines Verbrechens oder Vergehens" darstellen, so spricht es damit nicht nur aus, daß auch das versuchte Delikt in seiner Wesenheit dem vollendeten gleichen müsse, sondern es grenzt auch die (strafbaren) Versuchshandlungen von den (straflosen) Vorbereitungshandlungen ab. Bisher haben wir als objektives Erfordernis des Versuchs kennen gelernt: Realiter, nicht bloß in der Vorstellung des Täters muß eine Tatsachengruppierung vorliegen, deren Ergänzung auf das vollendete Delikt führt. Jetzt sehen wir, daß nicht jede Handlung, die irgendwie mit einem Paragraphen des speziellen Teils in Zusammenhang steht, genügt, um den Tatbestand des Versuchs zu begründen. Der Vorentwurf bringt die Ausschließung der bloß vorbereitenden Handlungen vom Versuch in einer einfacheren Weise als das Strafgesetzbuch zum Ausdruck, ohne damit die Absicht einer sachlichen Veränderung zu verbinden.[2]) Die Grenzen zwischen Versuchs- und

[1]) Mayer, Reform 337/38, Schötensack 402.
[2]) Begr. 284.

Vorbereitungshandlungen sind fließend, eine allgemein gültige Norm läßt sich nicht aufstellen.[1]) A lauert dem B im Walde auf, um ihn zu erschießen; er legt bei der Annäherung des B das schußfertige Gewehr an; bevor er losgedrückt hat, raschelt es im Gebüsch, ein Förster erscheint und A läßt erschrocken das Gewehr sinken. Liegt hier ein Mordversuch vor? Wir bejahen diese Frage.[2]) Das Anlegen des Gewehres ist bereits Ausführungshandlung, da irgend ein Angriff auf die Person notwendig ist, um diese zu töten, es fällt bereits unter § 211; denn wesentlich für die Ausführungshandlung ist, daß sie in einer Tätigkeit besteht, durch welche mit der Verwirklichung einer zum gesetzlichen Tatbestand gehörenden Handlung begonnen wird.[3]) Die Tätigkeit muß eine zum gesetzlichen Tatbestand des Verbrechens gehörige Handlung selbst betreffen; es genügt jedoch, daß eine derartige Tatbestandshandlung begonnen wurde, erfüllt braucht sie nicht zu sein.[4]) Welche Handlungen jedesmal zum gesetzlichen Tatbestand gehören, ergibt das in der betreffenden Gesetzesstelle gebrauchte Tätigkeitswort, so „töten" bei 211, „körperlich mißhandeln" bei 223, „wegnehmen" bei 242.[5]) Freilich kann es, wie das oben vorgetragenen Beispiel zeigt, manchmal zweifelhaft scheinen, was alles zu einer konkreten Tätigkeit zu zählen sei, wann also das „töten," „mißhandeln" usw. beginne. Man wird mit Frank[6]) sagen dürfen: ein Anfang der Ausführung ist in allen Tätigkeitsakten zu finden die vermöge ihrer notwendigen Zusammengehörigkeit mit der Tatbestandshandlung für die natürliche Auffassung als deren Bestandteile erscheinen. So vereinigt sich das Anlegen des Gewehrs, das Zielen zu einer Einheit mit dem Abgeben des Schusses, weil sich die letztere Handlung normalerweise nicht ohne die beiden ersteren denken läßt. Alles, was auf diese Weise mit einer Deliktshandlung im Zusammenhang steht, gehört zu ihrer Ausführung. In solchen schwer zu entscheidenden Fällen

[1]) Vgl. die reiche Kasuistik bei Lukas 76 ff.

[2]) A. A. Lukas 81. Im Sinne obiger Beantwortung M.-Allf. 211/12, Finger 311, Frank § 43 II 2, v. Liszt § 46 III, Oetker Z. 17 (65)

[3]) v. Liszt § § 31, 46, Frank § 43 II 2 a, Olshausen § 43 No. 14, vgl. Frank V 180 ff.

[4]) RG. 3 (136), 6 (46), 9 (81), Frank § 43 II 2 b; a. A. v. Bar 511

[5]) Vgl. Frank § 43 II 2 a.

[6]) Frank § 43 II 2 b, vgl. M.-Allf. 211.

bietet die von Oetker[1]) begründete Theorie eine willkommene, sichere Handhabe: „Vorbereitungshandlungen setzen eine Bedingung, Ausführungshandlungen eine Ursache zum Erfolg. Versuch ist die Verwirklichung des letzten Hilfswillens."

Ist die Ausführungshandlung eine mehraktige, dann wird der Tatbestand des Versuchs schon durch den Beginn einer der verschiedenen zum Tatbestand des Verbrechens gehörigen Handlungen erfüllt.[2]) Bei Urkundenfälschung genügt die Fälschung, bei Notzucht und Raub die Gewaltanwendung.

Wenn die Entstehung eines Delikts an das Vorliegen einer objektiven Bedingung geknüpft ist, wie z. B. der Bankbruch an die Zahlungseinstellung oder die Eröffnung des Konkursverfahrens (K. O. §§ 239 ff.), dann kann von einem Versuch sowohl gesprochen werden, wenn die objektive Bedingung von Anfang an gegeben war, wie auch, wenn sie später eingetreten ist.[3])

Einige Fälle, bei denen es nicht zweifelhaft ist, wann der Tatbestand des Versuchs eintrete, sondern ob Versuch überhaupt möglich sei, werden unter II zu erörtern sein.[4])

Alles, was nicht Anfang der Ausführung eines Verbrechens ist, scheidet als Vorbereitungshandlung von unserer Betrachtung aus. Hierher gehören Willensbetätigungen, die normalerweise nicht als Ursache des Erfolgs erscheinen, mit der konkreten Deliktshandlung nicht verknüpft sind. So[5]): das Ankünden der verbrecherischen Absicht, das Werben von Teilnehmern und das Komplottieren, das Auskundschaften von Gelegenheit, die Reise zum Tatort usw. Solche Vorbereitungshandlungen können möglicherweise als selbständiges Delikt unter Strafe gestellt sein, als Versuch des Verbrechens, mit dem sie in losem Zusammenhang stehen, sind sie nicht zu betrachten.

Übrigens ist die Praxis mit der bisherigen Fassung des Gesetzes, wie allgemein anerkannt wird,[6]) gut ausgekommen und zu befriedigenden Ergebnissen gelangt. Maßgebend war dabei der

[1]) Oetker Z. 17 (65), Finger § 61.

[2]) Frank § 43 II 2a., Frank V 184, Olshausen § 43 Nr. 14 II, RG. 7 (54), 13 (41), 7 (118), 44 (142).

[3]) v. Liszt § 46.

[4]) Vgl. unten Seite 21 ff.

[5]) Frank § 43 II, RG. 13 (212), 15 (56).

[6]) Begr. 284, Frank V 177, 188 III, Mayer, Reform 334.

Grundsatz,[1]) je nach der verschiedenen Natur der strafbaren Handlungen die Grenzlinien der beginnenden Ausführung des einzelnen Delikts der Absicht der Gesetzgebung und dem Bedürfnisse folgend, zu bestimmen.

Bei der Prüfung der Frage, wann ein Anfang der Ausführung vorliege, ist ein Gegensatz zwischen den Anhängern der subjektiven und objektiven Theorie entstanden, der mit der berühmten Streitfrage des untauglichen Versuchs[2]) eine gewisse Verwandtschaft aufweist, aber nicht mit ihr identisch ist. Entgegen dem Worlaut des Gesetzes[3]) hat man eine subjektive Theorie aufgestellt, d. h. man fand das Wesen der Ausführungshandlung in der festen Absicht der Betätigung; maßgebend ist demnach, was der Täter zu tun glaubt. Die objektive Theorie dagegen hält nur das für entscheidend, was der Täter wirklich tut. Nimmt der Täter an, seinen Entschluß in die Tat umzusetzen, so hat nach der ersten Theorie der Versuch bereits begonnen: nach der zweiten Meinung erst dann, wenn er ihn tatsächlich verwirklicht. Bei der Frage des untauglichen Versuchs dagegen handelt es sich für die objektive Theorie darum, daß diese tatsächliche Ausführungshandlung auch Verbrechenshandlung sei. Sehr wohl kann man bei der Frage des Anfangs der Ausführung die objektive, bei der Frage des untauglichen Versuchs dagegen die subjektive Theorie vertreten. So wenn man es zwar ablehnt, denjenigen verantwortlich zu machen der irrtümlich meint, mit einem absolut untauglichen Mittel bereits tätig geworden zu sein, ihn aber bestraft, wenn er tatsächlich damit den gewollten Erfolg hervorzubringen versuchte. Für die Unklarheit und Unsicherheit auf diesem Gebiete ist es bezeichnend, daß man sich nicht einmal darüber einig ist, in welchem Sinne das Reichsgericht die Frage, ob Anfang der Ausführung subjektiv oder objektiv aufzufassen sei, entschieden hat![4]) Die Begründung zum Vorentwurf[5]) und Olshausen[6]) behaupten das erstere, Frank[7])

[1]) RG. 9 (86), vgl. auch 13 (213).
[2]) Vgl. unten Seite 15 ff.
[3]) Frank § 43 II 2.
[4]) RG. 1 (440), 9 (81), 15 (56), 3 (139), 5 (609), 6 (641), 33 (321), 39 (316).
[5]) Begr. 285 II.
[6]) Olshausen § 43 No. 13.
[7]) Frank § 43 II 2, Frank V 183.

und v. Bar[1]) ebenso bestimmt das letztere. Die Entscheidungen neigen, bei manchmal nicht widerspruchsfreier Begründung tatsächlich anscheinend der objektiven Theorie zu. So zeigt sich in den Urteilen des höchsten deutschen Gerichts in zwei verwandten Fragen ein auf den ersten Blick frappierender Zwiespalt, der indes, wie oben gezeigt, durchaus nicht widersinnig ist: bei der Frage des untauglichen Versuchs wird unentwegt die subjektive Theorie bevorzugt, bei der Beurteilung des Anfangs der Ausführung hinwiederum die Sache der Objektivisten vertreten. Übrigens findet sich diese nicht einheitliche Beurteilung auch bei manchen Schriftstellern; nur noch wenig Autoren wie Luden, Köstlin vertreten bei der Scheidung der Vorbereitungshandlungen vom Versuch den Standpunkt der subjektiven Theorie.[2]) Unsere Stellungsnahme kann nach unseren früheren Ausführungen nicht zweifelhaft sein. Wer nicht singulär beim Versuch den ganzen Nachdruck auf den Willen des Tätes legt, wer schon einmal das Erfordernis der teilweisen Tatbestandsverwirklichung aufstellt, der muß erst recht fordern, daß der deliktuos Gesinnte nicht blos zu handeln glaubt, sondern auch wirklich handelt. Und sowohl die Formulierung des § 43 sowie des § 75 stützen unsere Ansicht.

So können wir als weiteres Erfordernis des Versuchs feststellen: der Versuch wird charakterisiert durch die tatsächliche Vornahme einer zum gesetzlichen Tatbestand gehörigen Handlung. Unter Berücksichtigung der bereits gewonnenen Betrachtungsergebnisse kommen wir zu folgender Definition des Versuchs überhaupt:

Versuch ist die Betätigung des Vorsatzes ein konkretes Verbrechen oder Vergehen zu verüben durch Handlungen, welche, ohne den speziellen Tatbestand völlig zu erfüllen, doch mindestens eines seiner Merkmale verwirklichen.

In einigen Fällen hat das Gesetz ein „Unternehmen“ unter Strafe gestellt[3]) und bisher herrschte ein lebhafter Streit über die Bedeutung dieses Begriffes. Bald wird Unternehmen gleichbedeutend mit Versuch genommen, bald auf den planmäßig vor-

[1]) v. Bar 505, a. 33.
[2]) Vgl. v. Bar a. a. O.
[3]) StGB. §§ 81, 82, 86, 105, 114, 122, 159, 357.

bereiteten und mit Überlegung ausgeführten Versuch beschränkt, bald über den Versuch hinaus auf die vorbereitenden Handlungen ausgedehnt.[1]) Sicher ist, daß es sich in all diesen Fällen um delikta sui generis handelt, die nicht unter den allgemeinen Regeln des Versuchs stehen und mit der Strafe des vollendeten Verbrechens bedroht werden. Die Versuchsparagraphen finden deshalb hier keine Anwendung. Die Frage, ob der Versuch eines Unternehmens möglich ist, wird später zu erörtern sein.[2]) Die Bedeutung des Begriffs „Unternehmen" ist im geltenden Recht keine einheitliche, bald eine engere, bald eine weitere als die des Versuchs.[3]) Beim Hochverrat (RStGB. § 82) umfaßt der Begriff des Unternehmens nicht das ganze Gebiet des Versuchs, sondern nur die unmittelbar auf die Vollendung gerichtete Tätigkeit; im Übrigen fallen darunter alle auf die Verwirklichung des Tatbestands abzielenden Handlungen, also nicht nur der Versuch, sondern auch die Vorbereitungshandlungen.[4]) Jedenfalls hat man guten Grund, es mit Freude zu begrüßen, daß der Vorentwurf allenthalben das Wort „Unternehmen" durch das Wort „Versuch" ersetzt hat.[5]) Daneben hat der Vorentwurf in einigen Fällen die Strafgrenze noch weiter verschoben und bereits Vorbereitungshandlungen als selbständige Delikte poenalisiert.[6])

II. Zweifelhafte Fälle.

1. Das Wahnverbrechen, der untaugliche Versuch und der Mangel am Tatbestand.

Aus dem Gebiete der Versuchslehre scheiden die Fälle des Wahnverbrechens oder Putativdelikts aus. Ein solches liegt vor, wenn der Handelnde irrtümlich die Strafbarkeit oder Rechtswidrigkeit seines Handelns annahm, während es in Wirklichkeit kriminalistisch nicht interessiert.[7]) Unbeachtlich bleibt, ob

[1]) Begr. 290,

[2]) Vgl. unten S. 21.

[3]) M.-Allf. 308 IV; a. A. v. Liszt § 46 III.

[4]) M.-Allf. a. a. O.; ebenso Olshausen § 105 Nr. 2.; a. A. Frank § 105 II, RG. 42 (266) im Gegensatz zur früheren Judikatur [3 (26), 8 (354)]: Unternehmen gleich Versuch.

[5]) VE. §§ 101, 118, 119, 122, 126, 130, 157 erster Satz, 167.

[6]) VE. §§ 102, 162, 284 III.

[7]) Olshausen § 59 Nr. 32, 33.

es sich um ein überhaupt nicht rechtswidriges Tun oder um die irrige Annahme handelt, ein Umstand, der in concreto die Strafbarkeit ausschließt, liege nicht vor.[1]) Von einem Versuch kann nach geltendem Recht weder die Rede sein, wenn eine Frauensperson, die mit einer Angehörigen ihres Geschlechts widernatürliche Unzucht treibt, überzeugt ist, sich einer rechtswidrigen und strafbaren Sodomiterei schuldig zu machen, noch dann, wenn der Lehrherr irrtümlich annimmt, die Grenzen des ihm zustehenden Zuchtrechts überschritten zu haben. Daß ein Verbrechen, das nur in der Vorstellung des Täters als solches erscheint, nicht als Versuch eines wirklichen Delikts bezeichnet werden darf, ergibt sich für uns, die wir auf dem Boden der objektiven Theorie stehen, von selbst, da es ja an einer wirklichen Deliktshandlung fehlt. Aber auch die Anhänger der subjektiven Theorie, von welcher im folgenden sogleich zu sprechen sein wird, kommen zum gleichen Ergebnis. Denn wenn sie auch alles auf den Willen des Täters abstellen, so erkennen sie doch an, daß der Vorsatz wenigstens einen konkreten mit Strafe bedrohten Tatbestand umfassen muß.

Die Frage des untauglichen Versuchs, — mit ihr hängt die Theorie des „Mangels am Tatbestand“ zusammen — ist eines der umstrittensten Problem des neudeutschen Strafrechts, das als solches schon seit Feuerbach die deutsche Wissenschaft beschäftigt; heute besteht so wenig wie je Aussicht auf Einigung.[2]) Von untauglichem Versuch spricht man, wenn der Täter zwar seine Willensbetätigung bis zu Ende durchführte, diese aber erfolglos blieb, sei es, weil an dem Objekt der Willensbetätigung Erfolge wie der beabsichtigte nicht erzielt werden können, sei es, weil die vom Täter gewählten Mittel nicht im Stande sind, den gewollten Erfolg hervorzubringen. Das Objekt ist absolut untauglich, wenn alle nur erdenklichen Mittel den vorgesetzten Erfolg an ihn nicht herbeiführen können; so der Leichnam in Bezug auf die Tötung. Das Objekt ist relativ untauglich, wenn es gegenüber einer gewissen Klasse von Mitteln unbeeinflußt bleibt; so der Taube gegen Schimpfworte. Als konkret untauglich endlich kann das Objekt bezeichnet werden, wenn es sich nur einem

[1]) v. Liszt § 41 II. Dort auch die folgenden Beispiele.
[2]) Begr. 285, 288.

bestimmten Mittel gegenüber neutral verhält; so der Arsenikesser gegenüber einer nicht übermäßigen Dosis Arsenik.[1]) Der absoluten Untauglichkeit des Objekts steht das Fehlen des Objekts gleich.[2]) Das Mittel ist absolut untauglich, wenn es auch bei an sich richtiger Anwendungsart unter gar keinen Umständen als geeignet erscheint, an dem als Ziel gedachten tauglichen Objekte die beabsichtigte Wirkung hervorzubringen;[3]) z. B. ein als Schußwaffe benutztes, ungeladenes, hinreichend tragfähiges Gewehr. Als ein nur relativ untaugliches Mittel ist ein Mittel zu bezeichnen, das bei an sich richtiger Anwendung gegenüber einer Reihe von tauglichen Objekten, als ein konkret untaugliches Mittel ein solches, das nur gegenüber dem konkreten, an sich geeigneten Objekte versagt.[4])

Bei Distanzverbrechen, d. h. bei den Delikten, bei denen Abschluß der Tätigkeit und gewollter Erfolg nach dem Vorsatz des Täters zeitlich nicht zusammenfallen, ist für die Prüfung der Frage der Tauglichkeit des Objekts oder Mittels der Zeitpunkt maßgebend, in dem der Täter seine Willensbetätigung abgeschlossen hat. Schickt A dem B einen beleidigenden Brief, so liegt absolut untauglicher Versuch vor, wenn B zur Zeit der Aufgabe des Briefes gestorben war, nicht aber, wenn ihn während der Beförderung der Schlag gerührt hat.

Das Problem des untauglichen Versuchs als solches wird erst im dritten Teil der Darstellung[5]) zu behandeln sein. Hier ist zu beantworten die Frage, in welchem Sinn das geltende Recht und der Vorentwurf sich entschieden haben. Liegt in den Fällen des untauglichen Versuchs überhaupt ein Versuch im Sinne des Strafgesetzbuchs vor? Nur diese Fragestellung ist die richtige; nicht ob der untaugliche Versuch strafbar, sondern ob er überhaupt ein Versuch sei, ist zu prüfen. Die Beantwortung dieser Frage entscheidet dann auch über die Strafbarkeit.

Wir[6]) betrachten, wie oben gezeigt, die Worte „Anfang der Ausführung eines Verbrechens oder Vergehens“ als Tatbestands-

[1]) Oetker, Goltd. 26 (277, 278), Z. 17 (58 ff.).
[2]) Oetker Z. 17 (58 ff.); Olshausen § 43 No. 21.
[3]) Die Möglichkeit absolut untauglicher Mittel wird von Oetker bestritten.
[4]) Diese Scheidung bei Oetker Z. 17 (56).
[5]) Vgl. unten Seite 51 ff.
[6]) Ebenso Berner, v. Birkmeyer, Mayer, Olshausen.

merkmal des Versuchsbegriffs und fordern demgemäß die generische Identität von versuchtem und vollendetem Verbrechen. Wir prüfen daher in jedem Falle: erfüllt eine Willensbetätigung an einem solchem Objekt, mit einem solchen Mittel den Tatbestand des konkreten Verbrechens? Die Fälle des absolut untauglichen Objekts oder Mittels scheiden somit aus der Versuchslehre aus, weil sie keinen Anfang der Ausführung des beabsichtigten Verbrechens enthalten.[1]) Um ein bereits gebrauchtes Beispiel zu wiederholen: § 211 fordert die Tötung eines Menschen. Diesen Bedingungen ist dem Wesen nach weder genügt, wenn ich irrtümlich auf einen Baum schieße, noch wenn ich statt Arseniks Zucker in den Kaffee schütte. Das Gesetz verbietet ja Menschen zu töten, setzt also Handlungen an einem Menschen voraus, die geeignet sind, das Leben in ihm zu vernichten.[2])

Stets ist der Täter rechtlich verantwortlich, wenn seine Willensbetätigung lediglich infolge der Verhältnisse des Einzelfalles erfolglos blieb. Denn für die Prüfung der generischen Identität sind die allgemeinen Kausalitätsgesetze, nicht aber die Bedingungen des einzelnen Falls maßgebend. Arsendosen sind, auch wenn sie im einzelnen Fall wirkungslos bleiben, geeignet, einen Menschen zu töten und ihr Verabreicher wird nicht befreit, weil ausnahmsweise der normale Erfolg ausblieb.

Aus dem eben gezeigten Grunde muß auch der Versuch am relativ untauglichen Objekt oder mit relativ untauglichen Mitteln als wirklicher Versuch bezeichnet werden. Wenn nach den allgemeinen Erfahrungssätzen das Objekt oder das Mittel als brauchbar erscheint, liegt Versuch im Sinn der §§ 43 StGB., 75 VE. vor, auch wenn sich das Objekt gegenüber einer gewissen Klasse von Mitteln neutral verhält, die Mittel gegenüber einer gewissen Klasse von Objekten einflußlos bleiben.

In diesem Sinn löst sich die Frage des untauglichen Versuchs für das geltende Recht auf Grund der Ansicht, daß „Anfang der Ausführung eines Delikts“ Tatbestandsmerkmal sei. Lehnt man aber diese Meinung ab und nimmt man an, daß objektiv nur

[1]) Ebenso Olshausen § 43 Anm. 20, 23; Baumgarten 421. A. A. Lammasch 63.

[2]) Vgl. Finger (bei Binding) 295.

die Ausführung eines verbrecherischen Entschlusses[1]) gefordert werde, dann verschiebt sich die Frage dahin, ob jede solche Willensbetätigung, wenn sie über das Stadium der bloßen Vorbereitung gediehen ist, eine strafbare Handlung im Sinn des geltenden Rechts sei. Dieses Problem läßt sich nur auf Grund von Erwägungen über das Wesen des Delikts im geltenden Recht lösen.

Die subjektive Theorie[2]) bejaht diese Frage und kommt damit zu stark angegriffenen Konsequenzen. Man hat nichtschwangere Frauen bestraft, die mit absolut untauglichen Mitteln „Abtreibungsversuche" (eine contradictio in se ipso!) vornahmen, hat wegen Tötungsversuchs an einem totgeborenen Kinde verurteilt! Stark ist diese von der Wissenschaft fast einmütig abgelehnte Theorie nur infolge der sie stützenden ständigen Judikatur des Reichsgerichts geworden und die in unserer Gerichtsverfassung begründete Präponderanz desselben bringt es mit sich, daß auch die Untergerichte in allen Sachen, die nach Leipzig revisibel sind, im Sinn der subjektiven Theorie entscheiden müssen — eine nicht unbedenkliche Beschränkung der richterlichen Unabhängigkeit. Die objektive Theorie[3]) dagegen erkennt Versuch nur an, wenn der Tat eine objektive Gefährlichkeit innewohnt, ein von der Rechtsordnung geschütztes Gut bedroht ist; sie leugnet, daß der verbrecherische Wille allein die Strafbarkeit begründen könne. Damit ergibt sich die Nichtzugehörigkeit des absolut untauglichen Versuchs zum Deliktsgebiete. Zwischen beiden Theorien wird häufig vermittelt, an gemischten Theorien,[4]) die meist nach der objektiven Seite hin neigen und sich von der reinen objektiven Theorie häufig nur dadurch unterscheiden, daß sie nicht die Gefährdung eines konkreten Rechtsguts, sondern nur die Gefährdung der Rechtsordnung (Kohler) oder eine durch den Eindruck der Tat hervorgerufene Beunruhigung (v. Bar) fordern, ist kein Mangel[5]).

[1]) Ausführung eines Entschlusses und Beginn einer in ihren Merkmalen bestimmten Tat sind zweierlei. Vgl. Mayer, Reform 336.

[2]) Lamasch, v. Buri, RG. 1 (439), 1 (452), 8 (198), 8 (351), 17 (158), 34 (217). Vor den äußersten Konsequenzen schreckt das RG. selbst zurück. RG. 33 (321).

[3]) OLG. Hamburg, 28. Mai 1898, Baumgarten, Beling, Binding.

[4]) v. Bar, Finger, Kohler, Frank, v. Liszt.

[5]) Vgl. zur Orientierung: Begr. 28/88, Frank § 43 III, Frank V 247 ff., Delaquis 53/289.

Es muß genügen an dieser Stelle, das Vorhandensein der verschiedenen Theorien und ihren Inhalt anzudeuten. Ihre Argumente anzuführen würde zu weit gehen und in Anbetracht des hier vertretenen grundsätzlich abweichenden Standpunktes auch ungerechtfertigt erscheinen, umsomehr, als das ganze Problem in unserem III. Teil nochmals aufzurollen sein wird.

Vom Standpunkt des geltenden Rechts aus erscheint, auch wenn man es ablehnt in den Worten „Anfang der Ausführung eines Delikts" ein Tatbestandsmerkmal des Versuchs zu erblicken, die subjektive Theorie unberechtigt; möglich, daß künftige Zeiten den Schwerpunkt ihrer Betrachtungen ganz auf den Täter verlegen; das geltende Strafrecht indes — und in dieser Grundfrage folgt ihm der Vorentwurf — ruht auf zwei Pfeilern: der eine ist der böse Wille, der andere ist die böse Tat. Warum soll aber in einer Grundfrage dieses dualistische Prinzip ohne positiv-rechtliche Anordnung einem monistischen weichen? Darüber, daß es unstatthaft ist, legislative Wünsche bei der Auslegung des positiven Rechts zur Geltung zu bringen, braucht doch wohl kein Wort verloren zu werden.

Viel Anhänger hat eine bereits von Zachariä ausführlich behandelte, neuerdings besonders von Graf Dohna vertretene Theorie gefunden, welche die Fälle des „Mangels am Tatbestande" von denen des Versuchs ausnimmt.[1]) Ein Mangel am gesetzlichen Tatbestand liegt ja eigentlich immer vor, wenn nicht seine sämtlichen Merkmale verwirklicht sind und man kann ihn so bei jedem Versuch feststellen. Als Antithese zum Versuchsbegriff wird indes der Ausdruck „Mangel am Tatbestand" gebraucht zur Bezeichnung der Fälle der fehlenden Vollendung, bei denen das Manko des gesetzlichen Tatbestandes mit der Tat nicht in kausalem Zusammenhang steht; Mangel am Tatbestand liegt überall da vor, wo es an einem derjenigen Tatbestandserfordernisse fehlt, welche mit der Handlung des Täters nicht kausal verknüpft sind. Zum Versuch gehört Irrtum über einen künftigen, zum Mangel am Tatbestand Irrtum über einen gegenwärtigen Tatumstand.[2]) So fällt

[1]) Zachariä I 22, Graf Dohna 37 ff. Ebenso Baumgarten 358, Frank § 43, M.-All f. 215. A. A. v. Bar, v. Liszt 203, Begr. 289, Delaquis 98, Finger (bei Binding) 293, ständige Judikatur des RG.

[2]) Frank § 43 I, Zachariä I 23.

unter diesen Begriff Abtreibungsversuch an einer Nichtschwangeren, der Mordversuch an einer Leiche usw.

Die Theorie vom Mangel am Tatbestand hat nur Bedeutung, wenn man leugnet, daß vom Strafgesetzbuch objektiv der Anfang der Ausführung eines wirklichen Verbrechens gefordert werde; denn andernfalls scheiden die Fälle des Mangels am Tatbestand an sich schon aus dem Gebiete des Versuches aus. Aber auch bei grundsätzlich anderer Stellungsnahme erscheint die Theorie willkürlich und inkonsequent.[1]) Vergebens sucht man nach einer Rechtfertigung dafür, warum ein Merkmal des Tatbestandes herausgegriffen und seine Mängel anders behandelt werden sollen als der Mangel anderer Tatbestandsmerkmale. Mangel des Erfolgs ist auch Mangel am Tatbestand und folgerichtig müßte jeder Versuch straflos sein. Denn in Wirklichkeit ist es für den Versuch gleichgültig, worauf sich der Irrtum des Täters bezog, der die Vollendung verhindert hat, ob auf die Wirksamkeit der eigenen Handlung oder auf außer ihr liegende Umstände, insbesondere etwa Eigenschaften des Objekts.[2]) Geht man aber davon aus, daß in den als Mangel am Tatbestand charakterisierten Fällen ein Versuch nicht vorliege, weil von vornherein eine Tatbestandsvoraussetzung, z. B. die Schwangerschaft, fehle, dann muß man logischerweise das Fehlen anderer Tatbestandsvoraussetzungen gleichwerten. Denn der deliktische Tatbestand des § 218, der echte Abtreibungshandlungen fordert, wird auch nicht erfüllt, wenn eine Schwangere täglich ein Glas Rotwein trinkt, um sich von ihrer Frucht zu befreien. Von Abtreiben kann ebensowenig die Rede sein, wenn eine Frucht nicht vorhanden, wie wenn der vorgenommenen Handlung die Eignung fehlt, die Schwangerschaft zu beeinträchtigen. Konsequent durchgedacht müßte eben diese Lehre auch die generische Identität von versuchtem und vollendetem Delikt fordern.[3]) So lange nicht Beweise erbracht werden, warum Irrtum über vorhandene Tatsachen anders behandelt werden soll als der Kausalitätsirrtum, bedeutet diese ganze Theorie nichts mehr als eine geistvolle Spielerei.

[1]) Finger (bei Binding) 293.
[2]) Begr. 289 II.
[3]) Finger (bei Binding) 295 ff.

Den Streit der verschiedenen Theorien auch auf das Gebiet des Vorentwurfs zu übertragen, dazu besteht kein Anlaß, zumal es kaum bezweifelt werden kann, daß das neue Strafgesetzbuch eine eindeutige Lösung der strittigen Frage enthalten wird.[1]) Für das geltende Recht jedoch durften wir angesichts der weitgehenden Meinungsverschiedenheiten trotz grundsätzlich anderer Auffassung des Versuchsbegriffs von einer Behandlung des Problems auch vom Standpunkt der Gegenseite aus nicht Abstand nehmen.

2. Die sonstigen Fälle.

Wir sahen im vorausgehenden, daß aus dem Gebiete des Versuchs alle Fälle ausscheiden, in denen der Täter irrtümlich seine Handlung für ein Delikt hält und daß von einem Versuch auch nicht gesprochen werden kann, wenn er zur Erfüllung seines Vorsatzes Handlungen produziert hat, die nichts mit denen gemein haben, welche zur Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes gehören. Es erübrigt nun, im folgenden einige andere Fälle zu betrachten, bei denen die Möglichkeit eines Versuchs zweifelhaft erscheint. Zunächst sind hier zu erwähnen die Paragraphen, in denen ein Versuch begrifflich undenkbar ist infolge der Konstruktion eines eigenen Tatbestandes, der sogar schon die Vorbereitungshandlungen umfaßt, oder doch wenigstens den Versuch als Sonderdelikt unter Strafe stellt.[2]) Ein Versuch eines Versuches ist aber eine logische Unmöglichkeit.[3]) In allen Fällen, in denen ausnahmsweise der Tatbestand gleichermaßen auf den Versuch wie auf die Vollendung des Delikts gestellt ist, ist das tatbestandsmäßige Verbrechen schon durch jede Versuchshandlung vollendet und daher ein Versuch desselben ausgeschlossen.

Bei den Unterlassungsdelikten wird wohl im allgemeinen die Möglichkeit eines Versuches nicht zu leugnen sein.[4]) Als echte Unterlassungs- oder Omissivdelikte bezeichnet man eine Gebotsverletzung, bestehend in der Unterlassung der gebotenen Handlung;

[1]) Begr. 288 IV.

[2]) z. B. StGB. §§ 80, 81, 82, 86.

[3]) So auch Olshausen § 43 Nr. 28a, Finger 315 II, v. Bar 541, Begr. 280, 290. A. A. Frank § 43 V 3, 4.

[4]) v. Liszt § 46 V 2, M.-Allf. 208 V, Frank § 43 V 1, Olshausen § 43 Nr. 27.

z. B. die Nichtanzeige eines drohenden Verbrechens im Falle des § 139 StGB. Unechte Unterlassungs- oder Kommissivdelikte durch Unterlassung liegen vor, wenn jemand durch Unterlassung eine verbotene Handlung begeht; z. B. das Kindermädchen verursacht den Tod des ihm anvertrauten Kindes dadurch, daß es dessen Sturz ins Wasser vorsätzlich nicht verhindert.[1]) Wird nun das Kind von anderer Seite aus dem Wasser gerettet, so liegt Tötungsversuch vor. Möglich ist der Versuch aber auch bei echten Omissivdelikten,[2]) so, wenn einer der Versammelten, die vom zuständigen Beamten aufgefordert sind, sich zu entfernen (StGB. § 116) sich an ein Laternenpfahl klammert, um nicht weggeschoben zu werden, im letzten Augenblick indes von der Menge vor der dritten Aufforderung fortgerissen wird.

Bei den durch den Erfolg qualifizierten Delikten ist der Versuch gleichfalls möglich.[3]) Hat der Notzuchtsversuch den Tod der Frauensperson herbeigeführt, so liegt ein Versuch gemäß § 178 StGB. vor, auch wenn der Täter die Herbeiführung des schwereren Erfolges sich nicht vorgesetzt hatte.

Bei den reinen Tätigkeitsdelikten, bei denen die Ausführungshandlung schon im ersten wie in jedem folgenden Zeitteilchen ihrer Verwirklichung dem gesetzlichen Tatbestand ganz entspricht, wie Rauchen an feuergefährlichen Stellen, mündliche Beleidigung, kann ein Versuch nicht konstruiert werden, weil die Vollendung des Delikts festzustellen ist, sobald der Vorsatz anfängt, sich zu verwirklichen.[4])

Ein Versuch ist schließlich auch dann unmöglich, wenn das Gesetz, wie in § 219 StGB., sich zur Bezeichnung der Verübung der Form der Vergangenheit bedient hat.[5])

Ein Versuch der Anstiftung dagegen erscheint begrifflich nicht undenkbar.[6]) Der Täter hat den Vorsatz der Anstiftung, setzt ihn in die Tat um, aber der Erfolg bleibt aus. z. B.: A gibt sich

[1]) Vgl. M.-Allf. 209 Anm. 23.

[2]) A. A. v. Bar 542, Baumgarten 453.

[3]) Finger 317, Frank § 43 V 5, v. Liszt § 46 V 1, M.-Allf. 210. A. A. Baumgarten 370, 378.

[4]) v. Liszt § 46 V 3, M.-Allf. 210. vgl. aber unten S. 25.

[5]) Frank § 219 I 2, M.-Allf. 209.

[6]) Olshausen § 48 No. 24.

vergebliche Mühe den B anzustiften, den C zu erschießen. Das Gleiche gilt vom Versuch der Beihilfe. So in folgendem Fall: A will den B erschießen, C verspricht ihm dazu sein Gewehr zu leihen, erscheint auch am festgesetzten Platz A bleibt jedoch aus.

Mittäterschaft beim Versuch liegt vor, sobald die als Einheit aufgefaßten Tätigkeiten einzelner oder aller die Missetat Wollenden den Erfordernissen des § 43 entsprechen.[1]) So z. B.: A und B sind, um zu stehlen, in das Haus des C eingedrungen, von diesem aber vertrieben worden, ohne daß sie Beute machen konnten.

Stiftet D den E zu einem Delikt an, das in den Grenzen des Versucht bleibt, so macht sich D einer Anstiftung zum Versuch schuldig. Denn da der Versuch ja einen Anfang der Ausführung des beabsichtigten Delikts enthält, hat der Anstifter mit dem Delikt selbst notwendig auch den Versuch gewollt.[2]) Ob Anstiftung zum Versuch in dem Sinne, daß die Absicht des Anstifters nur auf die Begehung eines Versuchs seitens des Angestifteten gerichtet war, möglich sei, ist bestritten,[3]) unserer Ansicht nach zu verneinen. Denn der Angestiftete muß, damit Versuch vorliege, den Vorsatz der Verbrechensvollendung wenigstens eventuell fassen, der Vorsatz des Anstifters indes muß diesen notwendig auf die Vollendung gerichteten Vorsatz des Angestifteten mitumschließen.

Beihilfe zum Versuch endlich könnte man sich in der Weise vorstellen, daß die Beihilfe zum vollendeten Delikt geleistet werden sollte, die Handlung aber nicht zur Vollendung gedieh, sondern im Stadium des Versuchs stecken blieb.[4]) Die Argumentation ist hier die nämliche, wie bei der Anstiftung zum Versuch: der Gehilfe hat mit dem Delikt selbst notwendig auch den Versuch gewollt. Dagegen ist eine Beihilfe zum Versuch in dem Sinne, daß der Gehilfe nur zu einen solchen Hilfe leisten wollte, auch hier begrifflich ausgeschlossen.[5]) Denn da der Täter selbst notwendig die Vollendung des vorsätzlichen Delikts beabsichtigen muß, weil er sonst nicht einmal einen Versuch desselben begehen würde, so kann der Wille des Gehilfen, der dem Täter zu dem von diesem

[1]) Olshausen § 47 No, 21.
[2]) Olshausen § 48 No. 17 a.
[3]) Olshausen § 48 No. 21.
[4]) Olshausen § 49 No. 21, RG. 9 (24).
[5]) Olshausen § 49 No. 21 II., RG. 15 (315), 16 (25), 17 (377).

zu begehenden Verbrechen oder Vergehen wissentlich Hilfe leistet, notwendig nur darauf gerichtet sein, ihm solche zu einem vollendeten Delikt darzubieten.

Die in diesem Abschnitt behandelten Fragen sind größtenteils begrifflicher Natur und auch nach dem Vorentwurf nicht anders zu beantworten.

III. Arten des Versuchs.

Wir haben nun den Versuchsbegriff gewonnen und seinen Geltungsbereich aufgestellt. Innerhalb des einheitlichen Versuchsbegriffes sind dem geltenden Recht Grade oder Stufen des Versuchs, wie sie das gemeine Recht im nächsten (conatus proximus), nahen (conatus propior) und im entfernten Versuch kannte,[1]) unbekannt; dagegen pflegt man zwei Arten des Versuchs zu unterscheiden: beendigter und nicht beendigter Versuch. Hat der Täter die von ihm zur Verwirklichung des Tatbestands bestimmte Handlung begonnen, aber nicht zum Abschluß gebracht, dann ist nichtbeendigter Versuch (delit tenté) gegeben: A holt mit der Axt zum Hiebe aus, da fällt ihm B im letzten Augenblick in den Arm. Beim beendigten Versuch hat der Delinquent seine Willensbetätigung bis zu Ende geführt, hat alles getan, was er zur Vollendung für nötig hielt, aber eines der Tatbestandsmerkmale, deren Verwirklichung er beabsichtigte, blieb unerfüllt. z. B.: A schießt in Mordabsicht auf B, verwundet ihn aber nur. Beim beendigten Versuch kann der Nichteintritt des Erfolges sicher sein; es liegt dann der Spezialfall des fehlgeschlagenen Verbrechens (delit manqué) vor. So wenn A im letztgenannten Beispiel an B vorbeischießt. Daneben ist hier möglich,[2]) daß der Eintritt des Erfolgs zweifelhaft, aber von einer weiteren Willensbetätigung des Täters unabhängig oder daß er sicher ist. Dies, wenn eine Verletzung unbedingt tödlich wirkt, jenes, wenn die Kunst der Ärzte dem Verwundeten vielleicht noch das Leben retten kann. In den beiden letzteren Fällen erscheint die Handlung nur solange als Versuch, als der Erfolg noch aussteht.

[1]) Zachariä II 3 ff.
[2]) v. Liszt § 46 IV 2.

Es ist hier die Frage aufzuwerfen, ob bei beendigtem Versuch der Täter das getan haben muß, was er zur Vollendung für nötig hielt, oder dies, was zur Vollendung nötig war. Voraussetzung ist immer, daß die Täterhandlung an sich geeignet ist, den Tatbestand des Versuchs überhaupt zu begründen. Diese Frage ist in subjektivem Sinn zu lösen; denn wenn objektiv alles geschah, was zur Vollendung nötig war, so tritt diese ein, also ist ein Versuch nicht zu bestrafen.[1]) Hat A dem tauben B, von dessen Gebrechen er nichts wußte, ein Schimpfwort an den Kopf geworfen, so hat er das getan, was er zur Vollendung der Beleidigung für nötig hielt. Nötig war aber die Kenntnisnahme der kränkenden Kundgebung durch B oder einem anderen. Trotzdem wird man kaum den Versuch einer Beleidigung bestreiten wollen.

Die Unterscheidung zwischen beendigtem und nichtbeendigtem Versuch ist bei der Frage des Rücktritts[2]) von Bedeutung. Dagegen hat man es bei uns mit guten Gründen[3]) abgelehnt, diesen Unterschied, wie dies der Schweizer Vorentwurf tut, auch für eine differenzierte Behandlung der Bestrafung zu verwerten.

---

[1]) v. Bar 518, vgl. M.-Allf. 213, Anm. 15, RG. 43 (137). A. A. Zachariä II 29.

[2]) Vgl. unten Seite 36 ff.

[3]) Begr. 295.

II. TEIL.

Die Bestrafung des Versuchs.

I. Der strafbare Versuch.

Versuch ist die Verwirklichung des Vorsatzes ein konkretes Verbrechen oder Vergehen zu verüben durch Handlungen, welche, ohne den speziellen Tatbestand völlig zu erfüllen, doch mindestens eines seiner Merkmale verwirklichen.

Alles, was nach dieser Definition als Versuch angesprochen werden kann, ist Verbrechen in materiellem Sinn, wenn den drei Requisiten des materiellen Verbrechens überhaupt genügt ist: Es muß eine schuldhafte, rechtswidrige Handlung vorliegen. Es erübrigt, an dieser Stelle den Handlungsbegriff näher zu erläutern. Denn wenn wir oben als objektive Bedingung des Versuchstatbestandes den Anfang der Ausführung eines Verbrechens aufstellten, so lag darin ausgedrückt, daß auf Seiten des Täters eine Willensbetätigung verlangt werde, welche mit der Veränderung in der Außenwelt in Kausalzusammenhang stehen müsse. Ebensowenig ist hier das Erfordernis der Schuldhaftigkeit eingehender zu besprechen. Wo der Vorsatz zu vermissen ist, kann ja von Versuch schlechtweg nicht die Rede sein. Und wie der Täter nicht den ihm nicht zurechenbaren Erfolg büßen muß, so wenig hat er ihn zu vertreten, wenn er nicht zurechnungsfähig ist. Ausführlicher muß in diesem Zusammenhang nur auf das dritte Erfordernis, das der Rechtswidrigkeit eingegangen werden. Rechtswidrigkeit in materiellem (soziologischem) Sinn ist der Angriff auf eines der durch die Rechtsordnung geschützten Lebensgüter, also gleich Gesell-

schaftswidrigkeit.[1]) In ihr liegt die antisoziale Bedeutung des Verbrechens. Rechtswidrigkeit in formellem (positiv-rechtlichem) Sinn ist die Übertetung eines staatlichen Gebotes oder Verbotes also gleichbedeutend mit Normwidrigkeit. Aber nicht jede Willensbetätigung, durch die äußerlich eine Norm verletzt wird, ist rechtswidrig: die Unrechtausschließungsgründe, wohl zu scheiden von den Strafaufhebungsgründen,[2]) lassen sich kaum erschöpfend aufzählen.[3]) Die wichtigsten sind die Notwehr (StGB. § 53), der Notstand (StGB. §§ 52, 54; BGB. §§ 228, 904), die berechtigte Selbsthilfe (BGB. §§ 229—231), die rechtspflichtgemäße Handlung (Amtspflicht) und die Anwendung des richtigen Mittels zur Erreichung eines staatlich anerkannten Zweckes (z. B. ärztliche Eingriffe zu Heilzwecken). Liegt einer dieser Fälle vor, dann kann so wenig von einem Delikt die Rede sein, wie wenn es an einer Täterhandlung oder am Vorsatz fehlt.

Eine auf die rechtswidrige, schuldhafte Willensbetätigung eines Menschen zurückzuführende Veränderung in der Außenwelt charakterisiert das Verbrechen in materiellem Sinne; zum Verbrechen in formellem Sinne wird die Täterhandlung jedoch erst dann, wenn sie vom Staat mit Strafe bedroht ist; oder, auf den Versuch exemplifiziert: nur dann, wenn die Rechtsordnung den Versuch eines Delikts mit Strafe belegt, ist ein Versuch in formellem Sinn gegeben. Wann ist das der Fall?

Der Versuch eines Verbrechens ist nach geltendem Recht stets, der eines Vergehens nur in den besonders ausgezeichneten Fällen, der einer Übertretung niemals strafbar. (StGB. § 43). An diesen Prinzipien hält der VE. fest (V. E. § 75). Maßgebend für die Kategorisierung ist schwerste der angedrohten Strafen; ein Versuch nach § 217 II StGB. ist z. B. als Verbrechen zu beurteilen.

Nach RStGB. wird ein Vergehen bestraft in den Fällen der §§ 107, 120, 140, 141, 148, 150, 160, 169, 240, 242, 246, 253, 263, 289, 303—305, 339, 350, 352; im VE. sind mit Strafe bedroht

[1]) Vgl. v, Liszt § 32.
[2]) Vgl. unten Seite 34.
[3]) Vgl. M.-Allf, §§ 31/33.

die Versuche eines Vergehens gemäß §§ 108, 110, 120, 129, 149, 150, 151, 153, 160 II, 161, 170, 172, 175, 177, 204, 215, 228, 239, 240, 269, 271, 275, 276, 289, 294. Die ganz willkürliche Auswahl der Tatbestände wird im 3. Teil[1]) zu erörtern sein.

Daß die Strafbarkeit des Versuchs sich nicht von selbst versteht, sondern ausgesprochen werden mußte, wurde bereits am Eingang dieser Arbeit ausgeführt; darüber, ob es empfohlen werden darf, die Strafdrohung beim einzelnen Delikt statt, wie heute, im allgemeinen Teil anzubringen, wird ebenfalls unten zu reden sein.[2])

Eine Ausnahme von der hier geschilderten Strafbarkeit des Versuchs wird statuiert, wenn Handlungen, die an sich als Versuch strafbar sein würden, als selbständige Delikte pönalisiert sind.

Beachtung verdient schließlich die Tatsache, daß der Versuch der Anstiftung und Beihilfe, sowie der Versuch eines Unterlassungsdeliktes stets straflos bleiben, dieser als nicht ausgezeichneter Vergehensversuch, jener wegen der accessorischen Natur der Anstiftung und Beihilfe.[3])

Nach einer mannigfaltigen geschichtlichen Entwicklung der Strafe des Versuchs[4]) hat das RStGB. im Anschluß an das sogenannte deutsch-rechtliche Prinzip der Erfolgshaftung den Grundsatz aufgestellt, daß das versuchte Delikt milder zu bestrafen sei als das vollendete (StGB. § 44 I) und ihm folgt darin der VE. (VE. § 76 I). Diese Strafmilderung hat indes, wie wir sehen werden, im allgemeinen keine allzugroße praktische Bedeutung.[5]) § 44 I will nicht etwa sagen, daß das Gericht in jedem Einzelfalle sich darüber klar zu werden hat, welche Strafe es bei Vollendung der Handlung auszusprechen haben würde und dann diese Strafe mildern muß, ein Verfahren, wie es bei der realen Konkurrenz zu beachten ist — sondern er bringt lediglich zum Ausdruck, daß der für das vollendete Delikt bestimmte Strafrahmen beim Versuch nach oben hin eingeengt wird.[6]) Der Richter darf nie beim Versuch die für das nämliche konkrete Verbrechen angedrohte

[1]) Vgl. unten Seite 56.

[2]) Vgl. unten Seite 57.

[3]) M.-All f. 209, Anm. 24, Rüdorff §§ 48, Anm. 2, 49, Anm. 6, RG. 11 (37), 11 (56).

[4]) Frank V 221/22, M.-All f. 218 Anm. 38.

[5]) Mayer, Reform 345.

[6]) Frank § 44 I 1, Olshausen § 44 Nr. 1 RG. 35 (282), Seuffert JKV. X 468/69.

Höchststrafe verhängen, es muß vielmehr die Versuchsstrafe stets wenigstens um eine Strafeinheit niederer sein. Diese Strafeinheit beträgt im geltenden Recht bei Zuchthaus 1 Monat, bei Gefängnis- und Festungshaft 1 Tag, bei Geldstrafe 1 Mark. (StGB. 19 II, 16 II, 17 II, 27.) Der Vorentwurf weicht darin insofern ab, als nunmehr auch bei Zuchthaus diese Strafeinheit auf einen Tag erniedrigt, bei mit Geldstrafen bedrohten Delikten aber auf 5 Mark erhöht wurde. (VE. §§ 24 II, 16, 19 II, 30.)

Wo die auf das vollendete Verbrechen angedrohte Strafe unteilbar ist, wie bei Todesstrafe, lebenslänglichem Zuchthaus oder lebenslänglicher Festungshaft, sind diese Höchststrafen ausgeschlossen, es tritt vielmehr die nächstmildere Strafe, das sind 15 Jahre Zuchthaus oder Festungshaft von gleicher Dauer an ihre Stelle (StGB. § 44 II, III.) Nach dem Vorentwurf wird, wenn auf dem vollendeten Verbrechen die Todesstrafe steht, beim Versuche desselben statt auf 15 Jahre Zuchthaus, auch auf lebenslängliches Zuchthaus erkannt werden können (VE. § 76 II). Die hierin liegende Neuerung hat indes nur für den Mord Bedeutung.[1])

Ist alternativ für das vollendete Verbrechen lebenslängliches oder zeitliches Zuchthaus angedroht, (StGB. §§ 214, 215, 251, 307) dann kann der Richter auch bei der Bestrafung des Versuchs zwischen zwei Strafrahmen wählen, z. B. im Falle des § 214 StGB. entweder 15 Jahre oder 14 Jahre 11 Monate Zuchthaus aussprechen.[2])

Wie nach oben, so ist nach geltendem Recht der Richter auch nach unten hin in der Freiheit bei der Strafausmessung beschränkt. Nach RStGB. § 44 IV muß die verhängte Strafe zum wenigsten ein Vierteil des Mindestbetrags der auf das vollendete Verbrechen oder Vergehen angedrohten Freiheits- oder Geldstrafe betragen. Hierbei ist Zuchthaus unter einem Jahr nach dem Maßstabe 2:3 in Gefängnis zu verwandeln. Ihre Grenze findet indes diese Ermäßigungsmöglichkeit in den für die einzelnen Strafarten festgesetzten Minimalbeträgen. So kann bei der vollendeten wie der versuchten einfachen Sachbeschädigung (StGB. § 303) nicht unter 1 Tag Gefängnis resp. 3 Mark Geldstrafe heruntergegangen werden. Beträgt die Mindeststrafe füs das vollendete Delikt ein Monat Gefängnis, dann ist beim Versuch nach dem Grundsatze „in

[1]) Mayer, Reform 347.

[2]) Olshausen § 44 No. 4, RG. 16 (400), 33 (181), M.-Allf. 219 Anm. 30.

dubio benignius“ Milderungsmöglichkeit auf 7, nicht 8 Tage vorhanden.[1])

Bei den Delikten, welche für den Fall der Vollendung mit einer absoluten Strafe — Tod oder lebenslängliche Freiheitsentziehung — belegt sind, darf der Richter im Fall des Versuchs nicht weniger als 3 Jahre Festungshaft resp. Zuchthaus verhängen. Sind alternativ für das durchgeführte Verbrechen eine absolute und eine zeitliche Strafe angedroht, dann gilt analog das oben Gesagte, d. h. der Richter hat die Wahl zwischen zwei Strafrahmen. Im Fall des Versuchs aus § 214 StGB. z. B. kann er als Mindeststrafe $2^1/_2$ oder 3 Jahre Zuchthaus verfügen.

Nach § 38 StGB. erhält die höhere Landespolizeibehörde durch ein im Urteil ausgesprochenes Erkenntnis der Zulässigkeit von Polizeiaufsicht, das aber nur in den besonders vorgesehenen Fällen der Paragraphen 115, 116, 122, 125, 146, 147, 181, 248, 256, 325 StGB. statthaft ist, die Befugnis, den Verurteilten auf höchstens 5 Jahre mit den im § 39 bezeichneten Wirkungen unter Polizeiaufsicht zu stellen. Wenn darnach die Zulässigkeit von Polizeiaufsicht nur ausgesprochen werden darf, wo dies im Einzelfall ausdrücklich gestattet ist, läßt im Gegensatz dazu § 44 II Polizeiaufsicht generell bei allen Delikten zu, die im Vollendungsfall mit Todes- oder lebenslänglicher Zuchthausstrafe bedroht sind. Ist ein Verbrechen wahlweise mit einer der genannten Strafen und mit einer andern, neben welcher auf Polizeiaufsicht nicht erkannt werden kann, belegt, dann darf Polizeiaufsicht nur verhängt werden, wenn der Richter sich für die Anwendung des der Todes- resp. lebenslänglichen Zuchthausstrafe entsprechenden Rahmens von 3 bis 15 Jahren entscheidet.[2])

Während in den Fällen des § 44 II der Richter stets auf die Zulässigkeit von Polizeiaufsicht erkennen kann, kehrt § 45 wieder zu dem Prinzip zurück, daß ihre Verhängung nur statthaft ist, wenn dies für die Vollendung des Verbrechens bestimmt wurde.

Ist mit dem vollendeten Verbrechen fakultativ oder obligatorisch ein Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte verbunden, dann kann resp. muß ihre Aberkennung auch beim versuchten Delikt ausgesprochen werden. (Vgl. StGB. §§ 153—55, 181, 302d,

[1]) Frank § 44 I 2, Olshausen § 44 No. 6, A. A. RG. 5 (442).
[2]) Olshausen § 44 No. 5, RG. 16 (400), A. A. Frank § 44 II 2.

e, — 108, 109, 133, 142, 143, 150, 156, 160, 161 II, 164, 168, 173, 175, 180, 181a, 183, 184, 242, 246, 248, 253, 256, 258 Z 1, 259, 262, 263, 266, 267, 274, 275, 277/79, 280, 284, 289, 294, 302, 302a, b, c, 304, 329, 333, 350).

Von anderen Nebenstrafen kann stets auf Einziehung — wie dies aus dem Wortlaut des § 40 („bestimmt sind") folgt — und gemäß § 35 auf Unfähigkeit zur Begleitung öffentlicher Ämter dann erkannt werden, wenn mit der Hauptstrafe die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte überhaupt hätte verbunden werden können.[1] Andere Nebenstrafen dagegen, wie die der §§ 81, 83, 128, 129, 161, 358 sind beim Versuch unstatthaft.[2]

Fassen wir die komplizierte Regelung, der Bestrafung des versuchten Verbrechens für das geltende Recht zusammen, so ergibt sich folgendes Bild,[3] das unter Umständen noch dadurch verschoben wird, daß bei einem durch einen Jugendlichen versuchten Delikt sowie bei der Beihilfe zum Versuch eine nochmalige Strafreduzierung eintritt (StGB. §§ 57, 49.):

I. Bei einer Gruppe schwerer Verbrechen fallen Versuch und Vollendung unter die gleiche Strafdrohung. Beispiel: §§ 81, 83, 86. In diesen Fällen gilt der besondere Strafrahmen.

II. Bei einer zweiten Gruppe von schweren Verbrechen tritt in den Versuchsfällen an die Stelle von Todes- oder lebenslänglicher Freiheitsstrafe eine Freiheitsentziehung von 3 bis 15 Jahren. Beispiel: §§ 211, 87, 90.

III. Bei einer dritten Gruppe verschieben sich die Obergrenzen um eine Strafeinheit, die Untergrenzen auf ein Viertel des Minimums des vollendeten Delikts, also auf:

1. 2½ Jahre Zuchthaus statt 10 Jahre Zuchthaus; es sind das kriminalstatistisch kaum in Betracht kommende Fälle,[4] z. B. 251.

2. 1¼ Jahre Zuchthaus statt 5 Jahre Zuchthaus. Auch diese Delikte unterliegen nur selten der richterlichen Beurteilung: erschwerter Raub, § 250, raubgleicher Diebstahl, § 252, räuberische Erpressung § 255,

3. 13½ Monate Gefängnis statt 3 Jahre Zuchthaus: 217 I, 312 1. Halbsatz, 154 II.

[1] Frank zu § 45, Olshausen § 45 No. 4 II.
[2] RG. 13 (76).
[3] Vgl. Seuffert JKV. X 472.
[4] Seuffert JKV. X 469 III.

4. Neun Monate Gefängnis statt 2 Jahre Zuchthaus; so bei schwerem Rückfalldiebstahl, 244 I, und Münzverbrechen § 146.

5. 4½ Monate Gefängnis statt 1 Jahr Zuchthaus: hierunter fallen die Mehrzahl der Meineidsfälle §§ 153, 154 I, 155, 159 I. Teil, des weiteren die §§ 171, 181, 236, 306 usw., kurz, all die Delikte, in denen als Mindeststrafe des vollendeten Verbrechens Zuchthaus schlechtweg angedroht ist.

6. 3 Monate Gefängnis statt 1 Jahr Gefängnis. Für diese Kategorie kommen in erster Linie die Fälle schwerer Missetaten in Betracht, bei denen mildernde Umstände angenommen werden, wie § 177 II, 250 II.

7. 1½ Monate Gefängnis statt 6 Monate Gefängnis. 15 Paragraphen des Strafgesetzbuchs sind hier zu erwähnen, wie § 172 II, § 174 II, § 176 II, § 218 II usw.

8. 22 Tage Gefängnis, statt 3 Monate Gefängnis. z. B. § 239 III.

9. 7 Tage Gefängnis statt ein Monat Gefängnis, so § 239 II.

IV. Bei den häufigst vorkommenden Straftaten, bei welchen der Versuch überhaupt geahndet wird, besteht, abgesehen von dem hier wie bei Gruppe III praktisch irrelevanten Strafteil an der Obergrenze keine Verschiedenheit in den Maßen der Versuchs- und Vollendungsstrafe: Versuchs- und Vollendungsminimum fallen zusammen. Hierher gehören u. a. schwere Kuppelei bei mildernden Umständen (§ 180 II), Nötigung (§ 240), Diebstahl (§ 242), Unterschlagung (§ 246), Betrug (§ 263), Sachbeschädigung (§ 303), usw., kurz, fast alle Delikte des täglichen Lebens.

Wenn schon die große Liste der zu Gruppe IV gehörenden Straftaten und ihre Häufigkeit darauf hinweist, daß in praxi nicht selten kein Unterschied zwischen der Bestrafung des versuchten und vollendeten Delikts besteht, so wird die Bedeutung der Scheidung in dieser Hinsicht noch mehr verwischt, wenn man erwägt, daß einerseits die Strafmilderung außer bei den absoluten Strafen, abgesehen von dem kaum in Betracht kommenden Strafteil an der Obergrenze, eine fakultative ist, der Richter sie also gar nicht vornehmen muß, und daß anderseits die Gerichte auch beim vollendeten Verbrechen sich nicht oft zu den vorgesehenen Höchststrafen entschließen. So kann das eine Gericht einen Diebstahlsversuch mit einer Strafe belegen, die höher ist als die, welche von einem anderen

Kollegium für die Vollendung gleicher Diebstähle verhängt zu werden pflegt. Der freien richterlichen Strafzumessung ist so das entscheidende Wort gelassen.[1]) Von einschneidender Bedeutung ist die Strafmilderung eigentlich nur bei den absoluten Strafen, wenn auch nicht verkannt werden soll, daß sie, vorausgesetzt, daß der Richter von ihr ausgiebigen Gebrauch macht, auch in den Fällen der Gruppe III das normale Strafbild gründlich verändern kann.

Während hinsichtlich der Nebenstrafen der Vorentwurf (§ 76 V) vom Strafgesetzbuch nur insofern abweicht, als die Ehrenstrafe beim Versuch nie obligatorisch ist, eine Bestimmung, die aus der Tendenz dem Richter größere Freiheit zu gewähren, herausfließt, während auch nach dem vorgeschlagenen Recht der Versuch einer für den Vollendungsfall mit einer absoluten Strafe bedrohten Handlung mit einer Freiheitsstrafe von mindestens 3 Jahren geahndet werden muß (§ 76 II), unterscheidet sich der Vorentwurf durch eine tiefgreifende, nach unten gerichtete Erweiterung des bei relativen Strafen festgesetzten Rahmens (§ 76 III). Es ist hier noch nicht die Zeit, die dagegen vorgebrachten Einwände[2]) kritisch zu beleuchten; es genügt objektiv festzustellen, daß bei den relativen Strafdrohungen der Richter auch unter ein Viertel des Mindestbetrags der auf das vollendete Delikt festgesetzten Strafe bis zum gesetzlichen Minimum herabgehen kann, daß er sogar berechtigt ist, bei Freiheitsstrafen auf eine der Art nach mildere als die angedrohte zu erkennen; so kann der Richter etwa wegen versuchter Brandstiftung (VE. § 189 I) schließlich einen Tag Haft verhängen, ja noch mehr: in besonders leichten Fällen darf er von Strafe ganz absehen. Es entspricht diese Ausdehnung des richterlichen Imperiums durchaus dem Grundgedanken des § 83 VE.; aber die Motivierung.[3]) daß diese Möglichkeit der Strafaufhebung besonders im Hinblick auf die Fälle des untauglichen Versuchs gegeben sei, weist stark auf die Angst vor der eigenen Courage hin, welche die Väter des Vorentwurfs anscheinend nach ihrer mutigen Attacke für die subjektive Theorie empfunden haben.

---

[1]) Mayer, Reform 345.
[2]) Mayer, Reform 346, Schötensack 422 ff. Vgl. unten Seite 57 f.
[3]) Begr. 297, 288.

II. Der straffreie Versuch.

1. Die allgemeinen Straffreiheitsgründe.

Während die Unrechtausschließungsgründe den staatlichen Strafanspruch gar nicht zur Entstehung gelangen lassen, schließen die Strafaufhebungsgründe die Geltendmachung des entstandenen Anspruchs aus. Strafaufhebungsgründe sind solche nach Begehung der Straftat eingetretene Umstände, welche den bereits entstandenen Strafanspruch vernichten oder lähmen.[1]) Als Strafaufhebungsgründe allgemeiner Natur werden in der Regel die tätige Reue, der Tod des Schuldigen, die Verjährung und die Begnadigung betrachtet. Mit Unrecht![2]) Die tätige Reue gehört zu den besonderen Strafaufhebungsgründen; nur ausnahmsweise kommt ihr die Bedeutung eines Straffreiheitsgrundes zu; sie wird unten[3]) ausführlich zu besprechen sein.

Der Tod des Schuldigen ist überhaupt kein Strafaufhebungsgrund. Denn nicht bloß der Strafanspruch des Staates geht damit unter, sondern das ganz öffentlich-rechtliche, höchst persönliche[4]) Schuldverhältnis, das infolge des Delikts zwischen dem Staat und dem Missetäter entstanden war und aus dem der Anspruch auf Strafe seine Existenz herleitete.

Echte Straffreiheitsgründe dagegen sind die Begnadigung und Verjährung. Begnadigung ist die Beseitigung der Rechtsfolgen des Verbrechens durch die Verfügung der Staatsgewalt, also Verzicht des Strafanspruchsberechtigten auf den ihm erwachsenen Anspruch. Dagegen kann das Verbrechen selbst und das aus ihm resultierende Obligationsverhältnis zwischen Staat und Delinquenten durch die Begnadigung nicht aus der Welt geschafft werden.[5]) Träger des Begnadigungsrechts ist der strafanspruchberechtigte Staat und zwar bald das Reich, welches es durch den Kaiser, bald die Einzelstaaten, welche es durch ihre Landesherrn bezw. Senate ausüben. Abolition ist die ausnahmsweise

[1]) Vgl. v. Liszt § 74

[2]) Vgl. v. Liszt a. a. O.

[3]) Vgl. unten Seite 41 ff.

[4]) Eine vom VE. § 35 vermiedene Inkonsequenz enthält StGB. § 30. Vgl. Begr. 126.

[5]) v. Liszt § 75.

noch zulässige[1]) Niederschlagung eines Verfahrens vor Einleitung oder nach Eröffnung, unter allen Umständen vor seinem rechtskräftigen Abschluß. Sie bedeutet somit Verzicht auf einen noch gar nicht festgestellten Strafanspruch!

Die Verjährung ist in ihren beiden Formen, Verfolgungsverjährung und Vollstreckungsverjährung, Strafaufhebungsgrund. Indessen bringt sie so wenig wie die Verjährung des bürgerlichen Rechts den Strafanspruch zum Untergang, sie hindert nur seine Geltendmachung, lähmt ihn. Die Verfolgungsverjährung (StGB. §§ 66/69, VE. §§ 94/96) steht der Ausübung des staatlichen Rechts auf Feststellung des Anspruchs (lediglich deklaratorische, nicht konstitutive Wirkung des Strafurteils!), die Vollstreckungsverjährung (StGB. §§ 70/72, VE. 97/98) der Verwirklichung des Rechts auf Erfüllung des festgestellten Anspruchs entgegen.

Begnadigung und Verjährung äußern ihre Wirkung auf das vollendete wie auf das versuchte Delikt. Das gleiche gilt vom Tod des Beschuldigten.

2. Die spezifischen Strafaufhebungsgründe.

Neben den allgemeinen gelten beim versuchten Delikt noch spezifische Strafausschließungsgründe, d. h. solche, welche nur dem Versuch als solchem eigen sind. Ausdrücklich sei an dieser Stelle nochmals hervorgehoben, daß hierher nicht die Fälle des absolut untauglichen Versuchs, nicht die Fälle der mangelnden Verbrechensmerkmale gehören. Beide Male fehlt es an einer Bedingung des materiellen Delikts, ein Strafanspruch entsteht somit überhaupt nicht; und ebensowenig sind jetzt anzuführen der Versuch einer Übertretung oder eines nicht qualifizierten Vergehens. Denn von Strafbefreiung kann nur dann die Rede sein, wenn überhaupt eine Strafe verwirkt war.

Unbedingte spezifische Strafaufhebungsgründe, das sind solche, welche unabhängig von irgend einer mit der Person des Täters im Zusammenhang stehenden Bedingung den entstandenen Strafanspruch aufheben, kennt das geltende Recht nicht. Dagegen ist als unbedingter spezifischer Strafaufhebungsgrund das im Vorentwurf § 76 III dem Richter verliehene Srafbefreiungs-

[1]) Vgl. M.-Allf. § 47 IV 2 mit Anm.

recht zu betrachten. Während bei der Freisprechung der Richter regelmäßig die Nichtexistenz des staatlichen Strafanspruchs feststellt, konstatiert er hier, daß zwar das Recht des Staats auf Sühne bestehe, daß er aber im Namen des Staates darauf verzichte. Diese Art der Strafbefreiung hat viel mit der Begnadigung gemeinsam.

Als bedingte spezifische Strafaufhebungsgründe sind dem geltenden Recht wie dem Vorentwurf (StGB. § 46, VE. § 77) der freiwillige Rücktritt und die tätige Reue bekannt. In beiden Fällen ist der Eintritt der Strafbefreiung an ein bestimmtes Verhalten des Verübers des versuchten Delikts geknüpft.

Unter der Bezeichnung „freiwilliger Rücktritt" faßt man nicht selten den Fall des freiwilligen Rücktritts im eigentlichen Sinne und den der tätigen Reue zusammen. Wir werden jedoch diese beiden Strafaufhebungsgründe getrennt behandeln und wenn wir im folgenden vom freiwilligen Rücktritt sprechen, haben wir stets nur die erste Konstellation im Auge. Dabei wird bei Behandlung dieses Spezialfalls nur vom Strafgesetzbuch die Rede sein; die jeweiligen Ausführungen gelten jedoch, da der Vorentwurf abgesehen von einer einfacheren Fassung hinsichtlich des freiwilligen Rücktritts in engerem Sinne keinerlei Veränderungen gegenüber dem geltenden Recht bringt,[1]) entsprechend für Vorentwurf § 77, 1. Halbsatz.

a. Freiwilliger Rücktritt.

Als äußere Bedingung des freiwilligen Rücktritts ist lediglich zu fordern, daß der Täter die weitere Tätigkeit, die er zur Ausführung bestimmt hatte, nicht folgen läßt, also nicht weiter handelt.[2]) So wenn A, nachdem er die Tür erbrochen hat, sich aus dem Hause entfernt, ohne etwas zu berühren, wenn B die bereits zum Schlage erhobene Hand wieder sinken läßt.

Hat der Täter bereits alles getan, was nach seiner Meinung zur Ausführung notwendig war, dann ist ein freiwilliger Rücktritt nicht mehr möglich,[3]) denn Voraussetzung eines solchen ist ein nicht beendigter Versuch.[4])

[1]) Begr. 297.
[2]) Vgl. M.-All f. 220, 2a.
[3]) Lukas 86 III, RG. 38 (402)
[4]) Vgl. oben S. 24.

Bestand die Handlung nach dem Vorsatz des Täters aus mehreren Teilakten, die erst durch ihr Zusammenwirken den Erfolg herbeiführen sollten, so ist Rücktritt bis zum letzten Teilakt denkbar.[1] z. B.: C will den D dadurch töten, daß er ihm längere Zeit Gift in die Speisen mischt, er hört damit aber schon nach kürzerer Zeit auf. Wollte der Täter aber bereits durch einen Akt den Erfolg herbeiführen, dann liegt kein Rücktritt vor, weil er von weiteren Akten absah, obwohl ihm zu solchen die Möglichkeit gegeben war; so wäre es unberechtigt, Rücktritt anzunehmen, wenn E nach dem ersten Fehlschuß seinen Revolver wieder einsteckt, obwohl sich in der Trommel noch 5 scharfe Patronen befinden.[2] Bei der Prüfung der Frage, ob nach dem Tätervorsatz ein Akt oder wieviel Einzelakte gewollt waren, ist natürlich nicht schlechtweg die Behauptung des Delinquenten maßgebend, vielmehr sind hier die allgemeinen Beweisgrundsätze zu beachten. Wer möchte ohne weiteres eine schwangere Frau freisprechen, die nach drei erfolglosen Einspritzungen weitere unterließ und nun geltend macht, sie hätte vier Injektionen für notwendig gehalten, sei also zurückgetreten, ehe sie ihre Absicht ganz verwirklicht habe.

Ein lediglich negatives Verhalten, ein Nichtweiterhandeln, genügt somit nach der einen Seite, um den Tatbestand des freiwilligen Rücktritts zu begründen. Auf der anderen Seite wird Freiwilligkeit gefordert. Wann ist nun der Rücktritt ein freiwilliger? A bricht in die Wohnung des B ein; das Licht seiner Blendlaterne fällt auf ein Crucifix, mächtige religiöse Hemmungen erwachen in ihm, er verläßt die Wohnung ohne Beute zu machen. Hier ist der Rücktritt ein freiwilliger; denn A ist an der Ausführung seiner Tat nicht durch Umstände gehindert worden, die von seinem Willen unabhägig waren. Umstände sind vom Willen des Täters abhängig, wenn ihnen die Eigenschaften eines Hinderungsgrundes kraft eigenen Willens des Täters zukommt.[3] Freiwillig ist also der Rücktritt nur bei einem selbstgesetzten Motiv, wenn sich der Täter sagt: ich will nicht zum Ziele kommen, obwohl ich es könnte.[4] Welches die tiefere Ur-

[1] v. Liszt § 48 II 1, M.-Allf. a. a. O., Zachariae II 256, RG. 43 (137). A. A. v. Bar 559.

[2] Über andere Ansichten vgl. Frank V 238.

[3] Olshausen § 46 No. 11 a nach Herzog, Rücktritt 243.

[4] Frank § 46 II.

sache des freigefaßten Rücktrittsentschlusses sei, steht gleich: Religiöses Empfinden, Reue, sittlicher Abscheu, physischer Eckel, sogar Enttäuschung über den geringen Wert der zu stehlenden Gegenstände[1]), Zorn über einen Mittäter können hier in Frage kommen. Es ist nicht so, als ob die bestimmende Vorstellung nicht durch äußere Momente hervorgerufen sein dürfte; aber die Idee des Rücktritts muß mit der Idee der Vollendung in freier Konkurrenz stehen. Wird die Wahlfreiheit des Individuums durch außerhalb seiner Psyche liegende Umstände zu Gunsten des Rücktritts nachdrücklich beeinflußt, dann ist dieser nicht mehr freiwillig erfolgt. Auch dann nicht, wenn die hindernden Umstände in Wirklichkeit gar nicht existierten, sondern nur in der Vorstellung des Täters vorhanden waren. So, wenn der Dieb unverrichteter Dinge entflieht, weil er ein vom Wind verursachtes oder nur eingebildetes Geräusch für Schritte hielt. Der tatsächlichen Hinderung steht die Annahme der Hinderung gleich.[2]) Denn der Rücktritt ist ein unfreiwilliger, wenn nur der Täter subjektiv sich sagt: Ich kann nicht zum Ziele kommen, selbst wenn ich es wollte.[3])

Freiwillig aufgeben kann man eine Tätigkeit nur, wenn man ihre Ausführung überhaupt für möglich hält.[4]) Deshalb liegt ein Rücktritt im Sinn des § 46 No. 1 nicht vor, wenn der Täter von weiterem Handeln absieht, weil er die Vollendung als unmöglich betrachtet. So ist der Rücktritt zwar freiwillig, wenn die schwangere Frau sich sagt: Ich könnte das widerlich schmeckende Abortivmittel schlucken, wenn ich nur wollte,[5]) nicht aber, wenn sie glaubt, die Schmerzen, welche ihr eine mechanische Abtreibung verursacht,[6]) nicht weiter ertragen zu können. Eine einheitliche Entscheidung der Frage, welchen Einfluß die Entdeckung oder die Furcht vor Entdeckung auf die Freiwilligkeit des Rücktritts ausübe, läßt sich nicht geben.[7]) In beiden Fällen ist zu prüfen, ob der Täter, der sich entdeckt sah oder seine Entdeckung be-

[1]) a. A. v. Bar 555,56.
[2]) Vgl. v. Liszt § 48 III.
[3]) Frank § 46 II.
[4]) Olshausen § 46 No. 11 d.
[5]) RG. 35 (102)
[6]) Goltd. 53 (283).
[7]) Frank V 231. A. A. RG. 37 (402)

fürchtete und auf weiteres Handeln verzichtete, dies tat, weil er sich sagte, „selbst wenn ich wollte, könnte ich nicht weiter handeln“ oder ob er glaubte, trotzdem das Delikt zu Ende führen zu können und nur möglicherweise eine Bestrafung befürchten zu müssen. Eine Vermutung spricht hier durchaus nicht stets für die Unfreiwilligkeit des Rücktritts. Es ist denkbar, daß sich der Dieb von einer alten Frau überrascht sieht, die vor Schrecken von einem Herzschlag getroffen oder ohnmächtig wird und daß er nun, darüber entsetzt, seine verbrecherische Tätigkeit aufgibt, obwohl er sie fortsetzen könnte. Die Freiwilligkeit des Rücktritts ist doch hier wohl nicht bestreitbar.[1])

Die Frage, ob das Aufgeben des verbrecherischen Entschlusses ein endgültiges sein müsse, oder ob der Rücktritt dem Täter auch dann zugute komme, wenn er sich die Ausführung für eine bessere Gelegenheit aufhebt, wird von der herrschenden Lehre in letzterem Sinne beantwortet.[2]) Kehrt also der Dieb, der schon eingestiegen ist, nur deshalb um, weil er sich erinnert, daß morgen sein Glückstag sei und daß er dann besser stehlen könne, so ist er straflos[3]). Anders wäre die Sachlage zu beurteilen, wenn der Täter zwar sein Handeln einstellt, es aber in längerer oder kürzerer Zeit wieder aufnehmen will. z. B.: A bohrt einen Kassenschrank an und entfernt sich, um einen besseren Bohrer zu holen. Es liegt in diesem Falle überhaupt kein Aufgeben der Ausführung vor, sondern die Ausführungshandlung setzt sich aus einer Menge von selbständigen Einzelhandlungen zusammen.

Als Folge des durch innere Beweggründe verursachten, nicht durch äußere Umstände bestimmten, also freiwilligen Rücktritts erscheint die Straflosigkeit des verbrecherischen Entschlusses und der zu seiner Verwirklichung bereits ausgeführten Handlungen. An sich ist ja in dem Augenblicke, in welchem die Grenzlinie zwischen den straflosen Vorbereitungshandlungen und der strafbaren Ausführungshandlung überschritten wird, die auf den Versuch gesetzte Strafe verwirkt.[4]) Diese Tatsache kann nicht mehr nach rückwärts anul-

[1]) Vgl. auch die Beispiele bei v. Bar 560.
[2]) Frank V 232, v. Bar 556, Finger 321, Olshausen § 46 No. 12.
[3]) Frank a. a. O. Vgl. unten Seite 59.
[4]) v. Liszt § 48.

liert, das entstandene öffentlich-rechtliche Schuldverhältnis zwischen Staat und Täter kann nicht mehr beseitigt werden[1]; wohl aber vermag die Gesetzgebung aus kriminalpolitischen Gründen dem bereits straffällig gewordenen Täter eine goldene Brücke zum Rückzug zu bauen. Dies ist dadurch geschehen, daß der Staat unter bestimmten Voraussetzungen auf seinen Strafanspruch verzichtet, den freiwilligen Rücktritt zum Strafaufhebungsgrund macht. Indes bleibt alsdann nur der Versuch als solcher straflos, die Strafbarkeit etwaiger selbständiger Delikte, die mit dem versuchten Verbrechen in idealer Konkurrenz stehen,wird durch den freiwilligen Rücktritt nicht berührt. Dieser Fall des sogenannten qualifizierten Versuchs soll unten gesondert behandelt werden.[2])

Die Wirkung des Rücktritts des Täters auf Mittäter, Anstifter und Gehilfen ist bestritten. Anstiftung und Beihilfe zum Versuch sind, wie oben gezeigt[3]), wohl möglich und an sich trotz des Rücktritts strafbar, weil der zurückgetretene Täter sich ja eines Delikts schuldig machte, das als solches fortbesteht, und nur der Staat von einer Geltendmachung seines Strafanspruchs absieht. Weil es außer an positiv-rechtlichen Vorschriften auch an inneren Gründen fehlt, das Verhalten des Täters den genannten Personen zugut kommen zu lassen, darf man sich wohl der herrschenden Meinung anschließen,[4]) die dahin geht, daß der Rücktritt den Teilnehmern nicht zugute komme. Stiftet also A den B an, bei D einzusteigen und hält C die Leiter, dann entfällt bei freiwilligem Rücktritt des B nicht die Verantwortlichkeit von A und C.; wohl aber können sich Mittäter und Anstifter selbst der Wohltat des Gesetzes teilhaftig machen. Voraussetzung für diese Ansicht ist allerdings die Meinung, daß Täter in § 46 nicht in technischem Sinn, also gleich Haupttäter, sondern im Sinn von tätig

[1]) Vgl. jedoch Oetker Z. 17 (68, 69.) (Das deliktische Tun sei, solange der Täter noch Herr über den Kausalverlauf bleibe, noch nicht definitiv deliktisch).

[2]) Vgl. unten Seite 47.

[3]) Vgl. oben Seite 23/24.

[4]) Finger 319, Frank § 46 V, v. Liszt § 48 IV, M.-Allf. 224, Mayer, Reform RG. 14 (19) 16 (347). A. A. Olshausen § 46 No. 2, der glaubt, daß es sich nicht um einen persönlichen Strafaufhebungsgrund handle, vielmehr die Tat überhaupt straflos bleibe. Ebenso v. Bar 688, Kohler 143.

Werdender gebraucht sei.[1]) Wir pflichten dieser Anschauung bei und kommen damit zu folgendem Ergebnis:[2]) Straflos bleibt jeder Anstifter und Gehilfe, der verhindert, daß das Verbrechen vollendet wird, also von sich aus den Erfolg abwendet, sei es durch Zureden, durch Verhindern der Ausführung, sei es durch Tätigwerden gemäß § 46 No. 2.[3]) Freiwilliger Rücktritt im eigentlichen Sinn ist bei Anstiftern und Gehilfen allerdings nicht möglich, da sie, ehe sie ihre Handlung vollendet haben, überhaupt noch nicht in Strafe verfallen sind.[4]) Dagegen wird der Mittäter durch die Nichtvollendung befreit; außerdem steht ihm der Weg offen, den Erfolg zu verhindern oder abzuwenden. Zu letzterem muß er sich, um Straflosigkeit zu erzielen, verstehen, wenn sein bisheriges Verhalten für den Erfolg schon ursächliche Bedeutung erlangt hatte.[5]) Hatten sich A und B stehlenshalber zur Nachtzeit in ein Wohnhaus eingeschlichen, dann wird A der kriminellen Verantwortlichkeit ledig, wenn er sich entfernt. Hat er aber dem B mit einem Dietrich aufgesperrt, dann genügt ein lediglich passives Verhalten nicht, sondern A muß, um straffrei zu werden, die Tür wieder verschließen, damit B nicht eindringen kann oder ihn auf eine andere Weise davon abhalten, den geöffneten Zugang zu benutzen.

Die letztgenannten Beispiele leiten uns bereits auf das Gebiet der tätigen Reue über, die uns im folgenden Abschnitt beschäftigen soll.

b. Tätige Reue.

Auch im Fall des beendigten Versuchs[6]) sind dem Täter noch nicht alle Wege zur Straffreiheit abgeschnitten. Sie wird ihm nämlich zu Teil, wenn er vor der Entdeckung seiner Handlung den Eintritt des zur Vollendung des Delikts gehörigen Erfolgs durch eigene Tätigkeit abgewendet hat. Voraussetzung ist dabei eine Straf-

[1]) So im allgemeinen die oben an erster Stelle Genannten. A. A. Olshausen § 46 No. 7 a. Die Praxis des Reichsgerichts ist äußerst widerspruchsvoll. Vgl. Dörr, DJZ. 17 (1467).

[2]) Vgl. M.-Allf. § 35, V.

[3]) Vgl. unten.

[4]) v. Liszt § 48 IV 1, M.-Allf. 223 Anm. 62.

[5]) Vgl. für die Beispiele M.-Allf. a. a. O. Anm. 64.

[6]) Vgl. oben Seite 24.

tat, bei welcher zwischen der Täterhandlung und dem beabsichtigten Delikt begrifflich ein gewisser Zeitraum liegt; für den Tatbestand des Delikts muß ein besonderer von der Handlung getrennter Erfolg charakteristisch sein, er darf mit dem Abschluß der Tätigkeit zeitlich nicht zusammenfallen.[1]) So wird z. B. bei Meineid mit der Handlung bereits der Erfolg erzielt, tätige Reue — so bezeichnet man die uns hier beschäftigende Tatsachenkonstellation — ist deshalb nicht möglich. Anders bei der Übersendung einer Höllenmaschine, der Absendung eines beleidigenden Briefes, kurz bei allen Distanzverbrechen.[1]) Selbst wenn der Täter hier alles getan hat, was er zur Herbeiführung des Erfolgs für nötig hielt, kann er unter gewissen, bereits angedeuteten Voraussetzungen doch einen Verzicht des Staates auf seinen Strafanspruch herbeiführen. Ehe wir diese Voraussetzungen näher untersuchen, wollen wir das Anwendungsgebiet der tätigen Reue kennen lernen.

Der tätigen Reue oder Abwendung eines Deliktsübels, welche im gemeinen Recht eine große Rolle spielte,[2]) legt unsere Gesetzgebung nur ausnahmsweise und durchaus willkürlich die Bedeutung eines Strafaufhebungsgrundes bei. Es gehören nach RStGB. hierher der Widerruf der fahrlässigen falschen Aussage (§ 163), das Abstehen vom Zweikampf (§ 204) und das rechtzeitige Löschen des bereits ausgebrochenen Brandes (§ 310); nach dem Ges. gegen den Verr. mil. Geh. § 5, MStGB. §§ 61, 105 die rechtzeitige Anzeige bei verräterischem Komplott, Kriegsverrat und Meuterei. Das eigentliche Anwendungsbereich der tätigen Reue jedoch, das Gegenstand der folgenden Betrachtungen sein soll, liegt auf dem Gebiete des versuchten Verbrechens.

Die tätige Reue vollzieht sich, wie ihr Name sagt, durch ein Tätigwerden des Übeltäters, ein lediglich passives Verhalten genügt hier nicht.[3]) Der Täter, der bereits alles ausgeführt hat, was er beabsichtigte, darf nun nicht einfach zusehen, ob der gewollte Erfolg eintritt, besten Falls darauf verzichten, nachträglich erkannte Hindernisse aus dem Weg zu räumen, sondern er muß durch positives Tätigwerden den Erfolg abwenden, also durch un-

[1]) Vgl. oben Seite 16.
[2]) v. Liszt § 74 III.
[3]) RG. 39 (220).

mittelbares Eingreifen das bereits rollende Rad des Kausalzusammenhangs zum Stillstand bringen.[1]) So wenn der Beleidiger den beleidigenden Brief von der Post zurückverlangt, der Absender einer Höllenmaschine den Empfänger vor der Ankunft warnt, der Vergifter Gegengift eingibt. Und zwar fordert das Gesetz eine eigene Tätigkeit des Delinquenten; damit soll aber nicht zum Ausdruck gebracht werden, daß er Täter stets in eigener Person tätig werden müsse, die Tätigkeit ist vielmehr eine eigene auch dann, wenn sich der Täter der Mitwirkung anderer Personen bedient, die nicht von sich aus, sondern auf seine Veranlassung hin eingreifen.[2]) Die eigene Tätigkeit bildet vielmehr den Gegensatz zu den den Erfolg abwendenden Naturkräften, sowie zu der auf eigene Initiative zurückführenden, die Erfolgsabwendung allein kausal bewirkenden Tätigkeit eines Dritten.[3]) Bloß auf die Abwendung des Erfolges gerichtetes Bemühen, selbst wenn es noch so ehrlich war, genügt nicht den Bedingungen des § 46 No. 2. Der Täter wird sogar dann nicht straflos, wenn er bereits zur Abwendung des Erfolges energisch tätig wurde, dessen schließlicher Nichteintritt aber auf andere Gründe zurückzuführen ist.[4]) z. B.: A gibt dem B Gift und später, um ihn zu retten, Gegengift. Bevor B aber dieses nimmt, hat er das Gift bereits ausgebrochen.

Daß die Erfolgsabwendung eine vorsätzliche sein muß, ergibt sich aus dem Wesen der tätigen Reue und bedurfte deshalb keiner ausdrücklichen Erwähnung im Gesetz.[5])

Wenn als Voraussetzung der tätigen Reue zu gelten hat, daß der Täter einen Erfolg durch eigenes Handeln tatsächlich abwende, so ist — abgesehen von dem bereits festgestellten Erfordernis des zeitlichen Auseinanderfalls von Willensbetätigung und -wirkung - Bedingung, daß der Erfolg noch nicht vorliegt. Der beendigte Versuch steht somit im Gegensatz zum vollendeten Verbrechen. Auf der anderen Seite hinwiderum muß, wie beim nichtbeendigten Versuch, der Erfolg überhaupt möglich sein, keinenfalls darf dessen Nichteintritt feststehen. Aus dieser Erwägung heraus wird auch

[1]) Vgl. v. Liszt § 48 II 2.
[2]) M.-Allf. 221/22.
[3]) Olshausen § 46 No. 18.
[4]) Frank § 46 III.
[5]) Olshausen § 46 No. 17.

allgemein von denjenigen, welche einen Versuch mit absolut untauglichen Mitteln überhaupt als solchen betrachten, die Konsequenz gezogen, daß ein Rücktritt vom beendigten Versuch dieser Art ausgeschlossen erscheine.[1]) Ebensowenig wie ein von Natur aus unmöglicher Erfolg kann ein solcher abgewendet werden, dessen tatsächlicher Nichteintritt sicher ist. Hierher gehören alle Fälle des delit manqué[2]): so wenn A auf B schießt, ihn aber fehlt.

Die nachdrücklichste Beschränkung des Anwendungsgebietes der tätigen Reue ist dadurch gegeben, daß das Gesetz ihr Wirksamkeit nur zuspricht für den Fall, daß sie zu einer Zeit in die Erscheinung tritt, wo die Handlung noch nicht entdeckt war. Damit will der Gesetzgeber mittelbar zum Ausdruck bringen, daß wirklich eine tätige Reue vorliege, die Erfolgsabwendung freiwillig erfolgen müsse.[3]) Daß er diesen Gedanken in einer wenig geschickten Form aussprach, bekennt auch die Begründung zum Vorentwurf, die zugibt, daß in der Fassung des geltenden Gesetzes beim beendigten Versuch das Erfordernis der Freiwilligkeit verdunkelt sei. Jedenfalls muß es hier, anders als beim nichtbeendigten Versuch, infolge ausdrücklicher positiv-rechtlicher Vorschrift außer Zweifel bleiben, daß die Entdeckung unter allen Umständen die Freiwilligkeit ausschließt, mag der Täter auch überzeugt sein, nur Anzeige und Bestrafung, nicht aber Hinderung befürchten zu müssen.[4]) Dagegen steht die Furcht vor Entdeckung der tätigen Reue nicht unbedingt entgegen. Zur Widerlegung der Ansicht des Reichsgerichts,[5]) das auch in diesem Falle einen anderen Standpunkt vertritt, sei vor allem auf die kriminalpolitische Tendenz, welche dem § 46 zu Grunde liegt, verwiesen, die darauf hinausläuft, den Rücktritt möglichst zu begünstigen. Während beim nicht beendigten Versuch für die Freiwilligkeit lediglich das subjektive Empfinden des Täters maßgebend ist, ist, wie gezeigt, beim beendigten Versuch das Erfordernis der Nichtentdeckung für das geltende Recht in objektiver Form aufgestellt, eine Regelung

[1]) Frank § 46 III 1; M.-Allf. 222 Anm. 52.

[2]) Vgl. oben Seite 24.

[3]) Baumgarten 463, Begr. 298, Frank § 46 III 2, Olshausen § 46 No. 19.

[4]) Frank V 233.

[5]) RG. 38 (402), Vgl. 37 (402).

die dem Grundprinzip des freiwilligen Rücktritts widerspricht.[1] Es kann somit nach geltendem Recht kein Gewicht darauf gelegt werden, ob der Täter um die Entdeckung wußte oder nicht[2], er muß für seine Tat auch büßen, wenn er zwar den Erfolg abwendete, das Delikt aber, ohne daß er es wußte, bereits entdeckt war; hielt er sich aber irrtümlich für verraten und wurde er trotzdem in entgegengesetztem Sinne tätig, dann bleibt er straffrei.[3]

Entdeckt kann nur werden, was geheim ist. Vollzog sich die Handlung nicht in heimlicher Weise, dann ist tätige Reue ausgeschlossen.[4] Geheim ist aber auch das, was außer dem Täter selbst den andern an der Tat Beteiligten, den Komplizen oder einem Vertrauten des Täters bekannt wurde[5]. Und schließlich steht sogar Kenntnis des Angegriffenen der Anwendung des § 46 No. 2 dann nicht entgegen, wenn das Verbrechen, z. B. die Erpressung, gar nicht ohne die Kenntnisnahme dieser Person begangen werden kann. Zu weit geht freilich die Behauptung, entdeckt sei eine Tat erst, sobald sie ohne den Willen des Täters zur Kenntnis einer Person gelange, von der ein Einschreiten oder Anzeige zu befürchten sei.[6] Man muß vielmehr annehmen, daß eine solche Kenntnis schlechtweg genüge. Denn wenn der Giftmörder, der eben seinem ahnungslosen Opfer den tötlichen Stoff eingegeben hat, frohlockend im nächsten Wirtshaus jedem, der es hören will, von seiner Tat erzählt, dann liegt doch wirklich kein heimliches Delikt mehr vor!

Entdeckt sein muß die Handlung selbst in ihrer strafrechtlichen Bedeutung.[7] Wer einen Schuß hört, ohne zu wissen, daß es sich um ein Mordversuch handelt, hat diesen nicht entdeckt, die Entdeckung der Vergiftung ist nicht schon dann anzunehmen, wenn jemanden die nackte Tatsache zur Kenntnis gekommen, daß sich Gift im Körper des Andern befinde.[8]

---

[1] v. Bar 559.
[2] Gemeine Meinung.
[3] Olshausen § 46 No. 26.
[4] Olshausen § 46 No. 20.
[5] Frank § 46 III 20, Frank V 234, Finger 322, v, Liszt § 48 III 2, A. A. RG. 1 (307), 26 (77).
[6] M.-Allf. 222, Olshausen § 46 No. 22.
[7] Olshausen § 46 No. 24, Frank § 46 III 2 b.
[8] Frank a. a. O., v. Bar 561.

Als Folge der tätigen Reue erscheint wie beim freiwilligen Rücktritt im engeren Sinne die Straflosigkeit des Täters. Und analog gilt auch das, was dort über die Wirkung des Rücktritts des Haupttäters auf Mittäter und Gehilfen gesagt wurde: sie werden durch die tätige Reue des Haupttäters nicht befreit, können aber durch eigene Tätigkeit die drohende Strafe von sich abwenden.

Der Vorentwurf enthält in Bezug auf die tätige Reue gegenüber dem geltenden Recht eine Änderung dahin, daß er, im Anschluß an den schweizerischen Vorentwurf[1]), den Rücktritt beim nichtbeendigten und die tätige Reue beim beendigten Versuch hinsichtlich des Erfordernisses der Freiwilligkeit prinzipiell gleich behandelt. Ohne weitere Umschreibung verlangt er beide Male, daß der Handelnde „freiwillig" von seinem Tun ablasse resp. im Gegensinne tätig werde. Damit entfällt einerseits der Anlaß zu mancherlei Streitfragen, andererseits gewinnt der Richter die Möglichkeit, ohne starre Schranken von Fall zu Fall zu prüfen, ob den Voraussetzungen der Freiwilligkeit genügt ist. Während beim nichtbeendigten Versuch die oben mitgeteilte Frank'sche Interpretationsformel (der Rücktritt ist freiwillig, wenn der Täter sich sagt: „ich will nicht zum Ziele kommen, selbst wenn ich es könnte"), regelmäßig gute Dienste leistet, versagt sie naturgemäß beim beendigten Versuch. Da dürften dann folgenden Erwägungen ein brauchbares Hilfsmittel an die Hand geben[2]): Solange die Idee des untätigen Zuschauens und der Gedanke der Erfolgsabwendung in freier Konkurrenz stehen, ist ein etwaige Erfolgshinderung als freiwillige anzusehen. Unfreiwillig wird sie, sobald die Wahlfreiheit des Handelnden durch außerhalb seiner Psyche liegende Umstände nachdrücklich beeinflußt wird, er sich also sagt: „Ich wende den Erfolg ab, weil ich sonst schwere Nachteile zu befürchten hätte." Erfolgsabwendung und Furcht vor Nachteil müssen im Verhältnis der Kausalität stehen. Im übrigen ist es stets Tatfrage, ob die Voraussetzungen der Freiwilligkeit vorliegen und es wäre höchst unzweckmäßig, die vom Vorentwurf gewährte Freiheit durch enge Formeln paralysieren zu wollen.

[1]) Vgl. Oetker Z. 17 (69).
[2]) Vgl. oben Seite 38.

III. Der qualifizierte Versuch, der Rücktritt beim vollendeten Verbrechen, bei Versuchs- und Vorbereitungsdelikten.

Der freiwillige Rücktritt bei nichtbeendigtem und die tätige Reue beim beendigten Versuch enthebt den Täter lediglich der Versuchsstrafe, die Sühne eines mit dem Versuch etwa in Idealkonkurrenz stehenden Sonderdelikts muß er dagegen auf sich nehmen. z. B.: A dringt mit gespanntem Revolver in die Wohnung des B ein, um diesen zu töten, besinnt sich vor der Zimmertüre noch eines besseren: vollendeter Hausfriedensbruch und Mordversuch stehen hier in idealer Konkurrenz und A muß gemäß § 123 bestraft werden, auch wenn er sich von der Verantwortung aus § 211 befreit hat. Man bezeichnet dieses Zusammentreffen seit Feuerbach als „qualifizierten Versuch".[1])

Neben der echten Idealkonkurrenz gehören hierher auch die Fälle, bei denen das, was der Handelnde verwirklicht hat, eine notwendige Vorstufe des beabsichtigten weiteren Erfolgs war. So ist Körperverletzung nach der Tatseite die notwendige Vorstufe der Tötung und auch an einem auf das geringere Verbrechen gerichteten Vorsatz fehlt es nicht; denn wer das schwerere Delikt will, will notwendig auch das entsprechende leichtere. Ist der Versuch als solcher strafbar, dann liegt in solchen Fällen allerdings Gesetzeskonkurrenz vor; wer wegen Mordversuchs vor den Richter gestellt wird, braucht sich nicht auch wegen Körperverletzung zu verantworten. Fällt nun aber die Strafbarkeit des Versuchs weg, dann besteht keine Veranlassung, das nun übrig bleibende selbständige Delikt nicht zu bestrafen.[2]) Diese Anschauung entspricht zweifellos dem Rechtsbedürfnis und Rechtsgefühl, dem es zuwiderläuft, daß A, der B in tödlicher Absicht verletzt, aber dessen Tod rechtzeitig abwendet, nunmehr für die vielleicht erhebliche Körperverletzung nicht verantwortlich sein solle. Und es darf dieser Meinung umso eher zugestimmt werden, als ihr juristisch-konstruktiv keine Bedenken entgegenstehen; denn der Strafanspruch des Staates wegen Mordversuchs,

[1]) v. Bar 562, Zachariae I 265/66

[2]) v. Bar 562, Anm. 139, Baumgarten 437, Finger 323, Frank § 46 IV, M.-Allf. 222 Anm. 57, A. A. v. Liszt § 48 Anm. 5, Olshausen § 46 No. 3.

der den Anspruch auf Sühne der Körperverletzung nicht zum Entstehen kommen ließ, ist ja durch den freiwilligen Rücktritt untergegangen, nicht bloß nur seiner Kraft beraubt, gelähmt worden. Deshalb kann nunmehr der ehedem durch ihn konsumierte Anspruch wegen Körperverletzung wieder aufleben.

Der Vorentwurf erwähnt auch nicht mehr indirekt die selbstverständliche Tatsache, daß ein mit dem Versuch in idealer Konkurrenz stehendes Verbrechen strafbar bleibe. Für eine veränderte Stellungsnahme ist aus diesem Schweigen kein Grund zu entnehmen.[1])

Das Zusammentreffen eines strafbar bleibenden versuchten und eines strafbaren vollendeten Delikts bietet zunächst keinen Anlaß zu besonderer Betrachtung. Es gilt, wie regelmäßig, die Exklusivität des strengsten Gesetzes (§ 73 StGB., § 90 VE.). Ebensowenig ist an sich über die reale Konkurrenz eines versuchten und eines vollendeten Delikts zu bemerken (§ 74 StGB., § 91 VE.). Das Asperationsprinzip zeigt, wie immer, seine Wirkung. Anders wird die Sachlage, wenn das mit dem versuchten Delikt in Konkurrenz stehende vollendete Verbrechen diesem wesensgleich ist. Es liegt dann ein Fall der unechten Ideal- resp. Realkonkurrenz vor; denn die Versuchshandlung und das für sie geltende Gesetz sind, wie dies aus dem Text der §§ 43, 74 hervorgeht, der Vollendung des wesensgleichen Delikts und der auf sie gemünzten Norm gegenüber nur von subsidiärer Bedeutung.[2]) Erbricht A den Schmuckkasten des B, findet nichts darin und stiehlt nun einige frei umherliegende Gegenstände, dann ist er nur wegen vollendeten einfachen Diebstahls, nicht auch wegen eines damit in idealer Konkurrenz stehenden versuchten schwereren Delikts zu bestrafen.[3]) Schießt C auf D ohne ihn zu treffen, streckt er ihn aber mit einer zweiten Kugel nieder, dann braucht er sich nur wegen der vollendeten, nicht aber auch wegen der versuchten Tötung zu verantworten.

Ist ein Delikt einmal vollendet, dann gibt es von den wenigen oben erwähnten Fällen[4]) abgesehen, kein Zurück mehr. Der Täter mag den Schaden gut machen, mag das Entwendete

[1]) Mayer, Reform 351/52.
[2]) Frank § 73 VII 2b, § 74 V 1c.
[3]) Frank § 73 VII 2b, A. A. RG. 15 (281), Olshausen § 73 No. 18 a.
[4]) Vgl. oben Seite 42.

zurückgeben, Schmerzensgeld zahlen, usw.: er muß büßen, auch wenn gar kein direkt Geschädigter mehr vorhanden ist. So will es der Staat, dessen Rechtssatzung durch jedes Delikt mißachtet wird und der deshalb an jeder Straftat indirekt interessiert ist.[1])

Zum Schluß bleibt uns noch die Beantwortung der Frage, ob der Rücktritt seine Wirkung auch in den Fällen äußert, in denen Versuchs- und Vorbereitungshandlungen als delicta sui generis unter Strafe gestellt sind. Diese Frage ist vom Standpunkt des geltenden wie des vorgeschlagenen Rechts aus entschieden zu verneinen,[2]) weil positiv-rechtliche Vorschriften mangeln, welche in diesen Fällen die Straflosigkeit in Aussicht stellen. Fehlt es jedoch an einem selbständigen Delikt und wird lediglich die Strafbarkeit bereits auf die Vorbereitungshandlungen ausgedehnt, so ist auch hier die Möglichkeit strafbefreienden Rücktritts anzunehmen, weil das, was in dieser Richtung für Versuchshandlungen gesagt ist, erst recht für die leichteren Vorbereitungshandlungen gelten muß.[3])

[1]) Vgl. darüber unten Seite 51, 59.

[2]) v. Bar 541, Begr. 299, 290, Frank § 46 VI, v. Liszt § 48 IV 3, M.-Allf. 223, Olshausen § 46 No. 5a.

[3]) v. Bar 543, Frank § 46 VI, M.-Allf. 223, Olshausen § 46 No. 5b, A. A. v. Liszt § 48 Anm. 6.

III. TEIL.

Kriminalpolitische Betrachtungen.

Wir lernten in den beiden vorausgehenden Hauptteilen den Versuch, wie er ist und wie er werden soll, kennen. Wir untersuchten, was alles unter den Versuchsbegriff falle und welches seine Erscheinungsformen seien. Dann beschäftigten wir uns mit der Bestrafung des Versuchs, stellten die Bedingung der Strafbarkeit fest, wiesen darauf hin, unter welchen Voraussetzungen der Staat auf seinen Strafanspruch verzichte. Stets aber begnügten wir uns damit, das geltende und vorgeschlagene Recht objektiv vorzuführen, ohne in unsere Darstellung Werturteile oder kriminalpolitische Wünsche einzuflechten. Nun aber wird es im folgenden unsere Aufgabe sein, Kritik zu üben, zu prüfen, aus welchen Gründen das geltende Recht zu der augenblicklichen Regelung gelangt ist, ob diese dem Rechtsbedürfnis und den Forderungen der Wissenschaft entspricht, darzulegen endlich, inwieweit der Vorentwurf Verbesserungen bringt, bis zu welcher Grenze diese genügen oder in welcher Richtung sie noch abänderungsbedürftig erscheinen.

Als Haupt- und Grundfragen treten uns zwei Probleme entgegen: 1. soll der Versuch überhaupt bestraft werden? und 2. welches sollen die objektiven und subjektiven Voraussetzungen des strafbaren Versuchs sein, wann soll er aufhören als Gegenstand krimineller Würdigung zu interessieren?

Darüber, daß der Versuch bestraft werden soll, herrscht volle Übereinstimmung. Es erscheint uns heute unerträglich, einen verbrecherischen Menschen, weil er aus irgend welchen Gründen nicht all das erreichte, wonach er strebte, einfach zu übersehen. Straft man nur dann, wenn der Handelnde den vollen Tatbestand des Delikts verwirklicht hat, so wird dem Zufall eine allzugroße Bedeutung beigelegt und ein mehr entwickeltes Strafrecht wird stets bis zu einer gewissen Grenze die nur begonnene Tat, auch wenn sie den Erfolg nicht hat, also den Versuch, bestrafen.[1] Und zwar wird diese Tendenz umso nachdrücklicher hervortreten, je mehr das Strafrecht sich verinnerlicht, mehr der Tat als dem Täter seine Aufmerksamkeit schenkt, und sie wird an Stärke gewinnen mit der Erkenntnis, daß an jedem Delikt nicht nur der direkt Verletzte, sondern die ganze Gesellschaft interessiert ist. So gibt es heute kaum mehr ein Strafrecht, das den Versuch ungesühnt läßt; auf der anderen Seite ist aber überall, wo der Satz „nulla poena sine lege" anerkannt wird, die Strafbarkeit des Versuchs besonders ausgesprochen,[2] weil die Strafe normalerweise nur den trifft, der das Verbrechen vollendet hat.

So einig sich alle Welt darüber ist, daß der Versuch regelmäßig nicht straflos bleiben darf, so umstritten ist die Frage, welches die subjektiven und objektiven Voraussetzungen des strafbaren Versuchs sein sollen. Zwar, daß der Versuch eines fahrlässigen Delikts als unmöglich gelten müsse, wird nirgends angezweifelt und mit der Behauptung, der fahrlässige Versuch eines Deliktes sei denkbar,[3] brauchen wir uns gleichfalls nicht weiter zu befassen, weil nicht einmal ihr Vertreter die Bestrafung wünscht. Wir dürfen somit feststellen, daß nach der Schuldseite hin der auf das vollendete Verbrechen gerichtete Vorsatz zu fordern ist.

Welches aber sollen die objektiven Voraussetzungen des Versuchs sein? Heftig tobt da der Kampf zwischen den Vertretern der subjektiven und objektiven Theorie. Soll der irgendwie in die Welt der Erscheinung getretene böse Wille des Täters,

[1] v. Bar 489/90.
[2] Frank V 218 ff.
[3] Frank § 43 II 1, Frank V 189/90.

die Verwirklichung seines verbrecherischen Entschlusses genügen, um die Strafbarkeit zu begründen oder soll ein Versuchsdelikt nur anzunehmen sein, wenn die böse Gesinnung sich in einer Handlung geäußert hat, welche in ihrer Wesenheit einem unter Strafe gestellten Tatbestand entspricht? Darüber, daß ein neues Strafgesetz diese Frage eindeutig lösen muß und will, kann kein Zweifel aufkommen.[1] Fast ebenso sicher steht fest, daß der Vorentwurf keine Entscheidung im Sinne der subjektiven Theorie bringt, daß vielmehr die Verfasser der Begründung, wenn sie das Gegenteil behaupten,[2] in durchaus bedenklicher Weise ihre unverbindliche Meinung in das, was Gesetz werden soll, hineininterpretieren, dem § 75 einen Sinn unterlegen, der ihm an sich gar nicht innewohnt.[3]

Entschieden werden muß der Streit zwischen der objektiven und subjektiven Theorie. Und dafür, daß eine Entscheidung im Sinn der objektiven Theorie geboten sei,[4] soll nunmehr der Beweis geführt werden, Juristische und kriminalpolitische Gründe sprechen für diese Lösung. Zum Tatbestand des Verbrechens als solchen gehört ganz allgemein der böse Wille und die schlimme, ein Rechtsgut gefährdende Tat. Der Versuch ist aber eine Erscheinungsform des Verbrechens, seine Bedingungen können somit logischerweise keine anderen sein, als die des übergeordneten Begriffes. Schuldhafte Gesinnung an sich ist kein Delikt und ein Gesetzesvorschlag, der die Bestrafung und das Strafmaß überall von der Schuld- und Tatseite abhängig macht, wird sich selbst untreu, wenn er in einer Frage der Strafe die eine Stütze entzieht.[5] Unser Strafgesetzbuch ist prinzipiell auf dualistischer Grundlage aufgebaut; es kann vielleicht einmal ausnahmsweise bei einem Einzeldelikt, nie und nimmer aber bei einer Erscheinungsform des Verbrechens überhaupt zu einem singulären Monismus gelangen, der, folgerichtig durchgedacht, dazu führen müßte, die äußere Handlung stets als irrelevant zu betrachten.

[1] Begr. 285, v. Bülow DJZ. 15, (217 ff.), v. Liszt Z. 30, (271), Mayer, Reform 335 ff.

[2] Begr. 289.

[3] Mayer, Reform 337, Schötensack 403, v. Liszt Z. 30, (271).

[4] Mayer a. a. O., Schötensack a. a. O., vgl. Zusammenstellung 188/90.

[5] Mayer, Reform 342.

Die subjektive Theorie nennt sich die konsequentere;[1]) haben ihre Anhänger auch den Mut zu der Konsequenz, jedem Menschen, von dessen verbrecherischer Gesinnung sie in irgend einer Weise Kenntnis erhielten, den Prozeß zu machen? Und warum sollen dann taugliche Vorbereitungshandlungen straflos bleiben, die doch jedenfalls die Friedensordnung mehr beeinträchtigen, als bloße antisoziale Veranlagung? Will der Staat nicht, daß er sich zuletzt fast ausschließlich aus bestraften Individuen zusammensetze, will er nicht Schnüffelei und Denunziation in immer steigendem Maße Tür und Tor öffnen, dann muß er dem Prinzip treu bleiben, daß nur der, welcher ein von der Rechtsordnung geschütztes Gut tatsächlich verletzt oder gefährdet, strafbar werde.

Und schließlich spricht noch ein weiteres Moment für die Anerkennung der objektiven Theorie: das Rechtsbewußtsein des Volkes. Man vergesse doch nie, daß die Jurisprudenz nicht um ihrer selbst willen besteht, sondern daß sie dazu bestimmt ist, die Dienerin ihrer Zeit zu sein, nicht aber versuchen darf, ihre Zeit zu knechten. Nicht soll sich das Leben nach dem Recht, sondern das Recht muß sich nach dem Leben richten! Wer wollte leugnen, daß in den meisten Menschen ein natürliches Rechtsgefühl wacht? Wehe dem Gesetzgeber, der ungerecht empfundene Bestrafungen statuiert! Er lädt eine schwere Schuld auf sich: nichts ist so sehr geeignet, das Vertrauen zum Richter und zum Staat zu erschüttern als die Verhängung von Strafen, die dem Betroffenen als Ungeheuerlichkeit, allen Billigdenkenden als Verletzung ihres Gerechtigkeitssinnes erscheinen. Man sagt oft: der Jurist muß alle Gefühle ausschalten. Zugegeben, daß der Richter, der das geltende Recht anwendet, dabei hauptsächlich eine rein verstandesmäßige Tätigkeit vornimmt. Aber der Gesetzgeber darf wahrlich nicht unbekümmert um das Empfinden der Volksgenossen den Weg schreiten, den ihm die reine Vernunft weist. Das Volksempfinden ist ja heute als ein positiver Faktor im Rechtsleben anerkannt; wenn über der Schwelle zum bürgerlichen Recht: „Treu und Glauben“ geschrieben steht, ist damit die sittliche Weltanschauung unserer Zeit — und das Rechtsgefühl ist nur ein Ausfluß derselben — zum Bestandteil des geltenden Rechts gemacht. So kann es nicht ver-

[1]) Begr. 289.

wundern, wenn auch der Vorentwurf auf das Volksempfinden Rücksicht nimmt, indem er zugibt,[1] daß die subjektive Theorie Fälle trifft, in denen die Bevölkerung eine Strafe entweder überhaupt nicht oder doch nicht in dem Maße als verwirkt ansieht, wie sie das geltende Recht androht. Mit diesem Zugeständnis ist aber der subjektiven Theorie endgültig das Todesurteil gesprochen. Darüber, daß man die hier erörterte Streitfrage nur äußerlich löst, wenn man sich zwar prinzipiell auf den Boden der subjektiven Theorie stellt, sie aber durch einen Kunstgriff der ihr anhaftenden Schwächen zu entkleiden sucht, sollte kein Wort zu verlieren sein. Wenn schon ein Kompromiss, dann lieber von vorneherein bewußt eine gemischte Theorie, als eine angeblich reine, in der Durchführung aber verleugnete! Und eine Lehre, die, will sie nicht sich selbst untreu werden, zur Einsperrung nichtschwangerer Frauen führt, welche mit Rotwein ihre vermeintliche Frucht abtreiben wollen, die, konsequent durchgedacht, der Bestrafung des abergläubischen Versuchs nicht aus dem Weg gehen kann,[2] ist ungesund, ist überspannt, ist unmöglich.

Was kann man dagegen zur Bekämpfung der objektiven Theorie vorbringen? Daß sie mit dem Grundgedanken unseres Strafrechts, der Gleichwertung von Tat und Schuld, daß sie mit dem Leitsatz jeder vernünftigen Kriminalgesetzgebung, die Gesinnung dürfe nicht Ursache der Zufügung von Übeln sein,[3] in Einklang stehe, läßt sich nicht wohl leugnen. Eingewendet wird gegen die objektive Theorie hauptsächlich, daß unter ihrer Herrschaft Fälle straflos bleiben würden, in denen nach dem Rechtsgefühl eine Bestrafung verdient sei und auch im Interesse der Prävention notwendig erscheine.[4] Es handelt sich hier, wie im ersten Teil dieser Darstellung gezeigt wurde,[5] nur um den absolut untauglichen Versuch; und auch da erscheint diese Argumentation recht schwach, weil wohl immer, wenn die zu Tag getretene Gesinnung des Täters wirklich bedenklich erscheint, eine strafrechtliche Re-

[1] Begr. 288.
[2] Frank V 255, Mayer, Reform 339.
[3] v. Bar 489.
[4] Begr. 288.
[5] Oben Seite 17.

aktion wegen irgend eines selbständigen Delikts, wie Bedrohung, Beleidigung, grober Unfug die Regel bildet. Daß aber dem Gerechtigkeitsgefühl Genüge getan ist, wenn der Täter überhaupt Strafe erleidet, und daß das Volk nicht viel nach deren juristischem Grund fragt, darf als feststehend angenommen werden.

Ebensowenig wie diesen Einwand vermögen wir freilich dem Bedenken beizutreten, daß die Schwäche des Objektivismus in der Schwierigkeit der Abgrenzung der konkreten von der abstrakten Untauglichkeit beruhe.[1]) Maßgebend ist bei dieser Scheidung das allgemeine Erfahrungswissen und das lehrt, daß geladene Schußwaffen als geeignet erscheinen, einen Menschen zu töten, daß ohne Taschen Taschendiebstähle undenkbar sind. Trägt nun zufällig die Pistole nur 80 statt 100 m, befindet sich das Portemonaie in der linken, statt in der rechten Tasche, so ist das für die prinzipielle Beurteilung des Delikts bedeutungslos. Erst dann wird die einfache Lage verkompliziert, wenn man bei nomologischem Irrtum des Täters zur Zeit der Begehung der Tat absolut untauglichen Versuch annimmt.[2]) Die Unterscheidung zwischen ontologischem und nomologischem Irrtum ist undurchführbar, da jedermann die tatsächlichen Verhältnisse eben nach den ihm bekannten Erfahrungssätzen beurteilt. Dann aber führt die Unterscheidung zu völlig unmöglichen Ergebnissen. Schießt A auf B und trifft ihn nicht, weil die Pistole nicht so weit trägt, dann ist er nach dieser Theorie strafbar, wenn er die Entfernung, in der sich B befindet, unrichtig eingeschätzt hat; denn das ist ein ontologischer Irrtum; hat sich A aber darüber geirrt, wie weit man mit einer Pistole der von ihm benutzten Art schießen kann, dann bleibt er straflos, weil er sich in einem nomologischen Irrtum befunden hat! Solche Ergebnisse schrecken doch sehr von einer „modifiziert objektiven Theorie“[3]) ab, umsomehr, als es an einer beweiskräftigen Rechtfertigung derselben fehlt.

Wir formulieren das Ergebnis unserer Betrachtungen dahin: im neuen Strafgesetzbuch ist klar zum Ausdruck zu

---

[1]) Mayer, Reform 342.

[2]) Finger (bei Binding) 303, 315/16, 329/30, Graf Dohna (nach Kries: über den Begriff der objektiven Möglichkeit; in der Vierteljahresschrift für wissenschaftl. Philosophie, Bd. 12) 56/61.

[3]) Finger (bei Binding) 307.

bringen, daß der Versuch nach der Tatseite hin Handlungen erfordert, durch welche der Tatbestand eines konkreten Delikts generisch verwirklicht wird.

Als weitere objektive Voraussetzung des Versuchs behält der VE. mit Recht bereits vorliegende Ausführungshandlungen bei. Die Abgrenzung von Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen wird von der Kritik durchweg gebilligt.[1] Auch dagegen, daß Versuchs- und sogar Vorbereitungshandlungen als selbständige Delikte unter Strafe gestellt werden sollen, wenn die Gewichtigkeit des zu schützenden Rechtsguts dies erfordert, läßt sich grundsätzlich nichts einwenden.

Nachdem wir nun die subjektiven und objektiven Erfordernisse des Versuchs gewürdigt haben, drängt sich uns die Frage auf: wann soll die Rechtsordnung das materielle Delikt zum formellen stempeln, wann soll der Versuch strafbar sein? In dem Wunsche, daß alle Versuche eines Verbrechens strafbar und alle Übertretungsversuche — minima non curat praetor — straflos bleiben mögen, besteht Einigkeit. Mit Recht wird aber der Vorentwurf hinsichtlich der Auswahl der strafbaren Vergehensversuche der Willkür geziehen.[2] So ist, um nur einiges aus der reichen Liste der Inkonsequenzen herauszugreifen, der Versuch der Sachbeschädigung strafbar (VE. 289), nicht aber der der Körperverletzung (VE. 227) und Aussetzung (VE. 218). Warum soll der Versuch der Unterschlagung geahndet werden (VE. 271), nicht aber der der Untreue (VE. 277)? Eine generelle Regelung der Strafbarkeit des Vergehensversuches erscheint dringend geboten; will man nicht, wie dies von Binding mit guten Gründen getan wird,[3] grundsätzlich für die Strafbarerklärung aller Vergehensversuche eintreten — bei besonders leichten Fällen könnte ein Hinweis auf § 83 VE. Unbilligkeiten verhindern —, dann erscheint am empfehlenswertesten die Fassung des Gegenentwurfs (§ 27 II): „der Versuch eines Vergehens, das mit Gefängnis von nicht mehr als 6 Monaten bedroht ist, bleibt straflos."

Der Vorentwurf tut gut daran, auch künftighin den Versuch

[1] Mayer, Reform 334, Zusammenstellung 190.
[2] Wach DJZ. 15 (14), Schötensack 414 ff.
[3] Ger. S. 76 (112), 77 (12/13).

im allgemeinen Teil des Gesetzbuches zu regeln.[1]) Dies ist innerlich gerechtfertigt dadurch, daß der Versuch eine Erscheinungsform des Verbrechens überhaupt ist und technisch geboten, weil bei einer Verlegung in den besonderen Teil an Stelle einer einzigen Bestimmung eine große Menge oft schwierig zu fassender Sondervorschriften treten müßten, die doch inhaltlich alle das Gleiche besagen würden.

Lebhaft diskutiert wird, seit sich Seuffert[2]) energisch für die Gleichstellung der Bestrafung des vollendeten und versuchten Verbrechens ausgesprochen hat, die Frage des Strafrahmens beim Versuch. Viel zu wenig wird unseres Erachtens dabei beachtet, daß die Lösung dieses Problems in engem Zusammenhang mit der Stellungnahme zur subjektiven und objektiven Theorie steht. Ein zielbewußter Subjektivist muß die Gleichstellung der Versuchs- und Vollendungsstrafe fordern — mit Recht weist Schötensack auf die Inkonsequenz des Vorentwurfs in dieser Richtung hin.[3]) Auf der andern Seite kann man, wenn man das äußere Geschehen beim Versuch nicht als irrelevanten Faktor ansieht, unmöglich verlangen, daß derjenige, der einen geringeren Schaden verursacht hat, bestraft werde wie der, dem der größere Schaden zur Last fällt. Vom Standpunkt der Anhänger der Vergeltungsstrafe bedarf diese Lösung keiner weiteren Rechtfertigung; aber auch die Vertreter der Schutzstrafe sollten sie nicht ablehnen; denn zum wenigsten in allen Fällen des fehlgeschlagenen Verbrechens hat ja der Übeltäter den Beweis geliefert, daß er nicht so gefährlich ist wie derjenige, dem die Vollendung gelingt. Soweit wir übersehen, hat auch bisher Seufferts Vorschlag, der nur in der französischen Gesetzgebung in die Tat umgesetzt ist, wenig Anklang gefunden.[4]) Und die Kritik an der Strafregelung des versuchten Verbrechens durch den Vorentwurf richtet sich nicht gegen die prinzipielle Milderung,[5]) die ja nach oben hin eigentlich nur bei den absoluten Strafen von Bedeutung ist, als vielmehr gegen die bei den relativen Strafen festzustellende Erweiterung des Straf-

[1]) Finger (bei Binding) 262, Begr. 281.
[2]) Seuffert JKV. 10 (474 ff.).
[3]) 417, ebenso Mayer, Reform 344, v. Liszt Z. 30 (277).
[4]) v. Bar 568 ff., auf Seufferts Standpunkt steht v. Liszt § 46 VI.
[5]) Zusammenstellung 192.

rahmens nach unten.[1]) So macht M. E. Mayer darauf aufmerksam, daß, während die Mindeststrafe eines mit Zuchthaus bedrohten vollendeten Verbrechens ein Jahr Freiheitsstrafe betrage, der Versuch des gleichen Verbrechens mit einem Tag Haft geahndet oder gar straflos bleiben dürfe. Dies stehe aber in keinem Verhältnis damit, daß dem mildest zu beurteilenden Versuch gegenüber der mildest zu beurteilenden Vollendung lediglich der Erfolg fehle, ein Moment, das nur eine relativ geringe Erweiterung des Strafrahmens nach unten hin rechtfertige. Gewiß ist das eine beachtenswerte Erwägung und auch das wollen wir nicht leugnen, daß die dem Richter vom Vorentwurf verliehene Freiheit leicht zur richterlichen Willkür werden kann. Aber verhängen denn nicht schon heute bei ganz gleich gelagerten Delikten verschiedene Kammern, oft am gleichen Orte, verschiedene Strafen? Wenn überhaupt einmal grundsätzlich die Strafhöhe innerhalb eines bestimmten Rahmens ins richterliche Ermessen gestellt ist, dann erscheint es auch folgerichtig und unbedenklich, diesen Rahmen nach unten hin überhaupt nicht abzuschließen, wenn die Gefahr besteht, und sie bleibt auch bei der Nichtbestrafung des absolut untauglichen Versuchs – daß sonst der Richter häufig gegen Herz und Verstand verurteilen müsse. Höchst- und Mindeststrafen sind an sich eine zweischneidige Waffe, aber sie wirken geradezu rechtsfeindlich, wenn sie bei einem bestimmten Prozentsatz aller Fälle unvernünftige Ergebnisse zeitigen. Der Vorentwurf bringt uns ja ganz allgemein in seinem § 83 einen kleinen Fortschritt zu Gunsten des Imperiums des Richters, ein Zugeständnis, dessen Bedeutung freilich dadurch recht eingeschränkt wird, daß dieses richterliche Strafbefreiungsrecht nur in den ausdrücklich vorgesehenen Fällen gewährt ist. Als einer dieser Fälle erscheint nun § 76 III und wir begrüßen diese Verbesserung mit Freude, im Vertrauen darauf, daß die Zukunft ganz Deutschland gute, vorurteilslose Richter bescheeren möge.

Es wird sicherlich allenthalben nur Genugtuung hervorrufen, daß der Vorentwurf dem freiwilligen Rücktritt und der tätigen Reue die nämliche Bedeutung zuerkennt wie das geltende Recht und anstelle des verklausulierten und widerspruchsvollen

[1]) Schötensack 422/23, Mayer, Reform 345/46.

§ 46 StGB. den einfachen § 77 gestellt hat. Aber zwei Forderungen müssen wir hier mit Entschiedenheit vertreten: zunächst sollte hinter dem Wort „Ausführung“ des § 77 das Wort „endgültig“ eingefügt werden. Es dürfte nicht vorkommen, daß der Dieb, der heute seine Tätigkeit einstellt, weil er sich für morgen mehr Erfolg verspricht, wegen des versuchten ersten Delikts straflos bleibt. Und dann wünschten wir, daß dem Rücktritt auch dann eine strafaufhebende Wirkung eingeräumt werde, wenn Versuchs- und Vorbereitungshandlungen zu selbständigen Delikten erhoben wurden.[1]) Durch die Übeltat erwirbt begrifflich der Geschädigte den Anspruch auf Buße, der Staat auf Friedensgeld; wird nicht noch die Zeit heraufziehen, wo regelmäßig der Staat seinen Friedensgeldanspruch bis zur Entstehung eines etwaigen zweiten stundet, wo die bedingte Begnadigung die Regel bildet, wenn nur der Verletzte entschädigt ist? Freilich, Voraussetzung dafür, daß die freiwillige Schadensausgleichung als Strafbefreiungsgrund beim vollendeten Delikt anerkannt würde, wäre die Erkenntnis, daß der Schutzstrafe die Zukunft gehöre. Heute schon aber müssen wir verlangen, daß wenigstens überall Versuchs- und Vorbereitungshandlungen straflos bleiben, wenn ihr Verüber freiwillig seine Tätigkeit einstellte oder nach ihrer Beendigung den Eintritt des Erfolgs verhinderte. Würde man die vom Vorentwurf vorgeschlagene Regelung beibehalten, dann kämen in das neue Gesetz nicht zu rechtfertigende Widersprüche hinein. So wäre, wer einen Polizisten am Feierabendbieten verhindern wollte, vom strafbefreienden Rücktritt ausgeschlossen (VE. § 126), im Gegensatz zu demjenigen, der einen Hauptzeugen zum Nichterscheinen zu nötigen suchte. Dieses Beispiel zeigt, daß eine Gleichstellung der als delicta sui generis pönalisierten Vorbereitungs- und Versuchshandlungen mit den unselbständigen in Bezug auf den strafbefreienden Rücktritt dringend geboten ist.

Ein großes Werk zu schaffen ist unserer Zeit vergönnt; ist doch das Strafgesetz, wenn irgend ein Teil des Rechts, aufs engste mit dem Volke verwachsen. Hier rächen sich Fehler schnell und schwer; denn Leben, Freiheit und Ehre der Volksgenossen stehen

[1]) Schötensack 431, v. Liszt, Z. 30 (273), Mayer, Reform 352 f.

auf dem Spiel. Darum sollten alle die, welche eine freudige, staatsbewußte Generation heranziehen möchten, kommen und das neue Werk aufbauen helfen. Möge die große Zeit kein kleines Geschlecht finden und möge sie ein Gesetz schaffen, das den wohlabgewogenen Bedürfnissen des Rechtslebens und den begründeten Forderungen der Wissenschaft gleichmäßig entspricht, ein Gesetz, das, ein echtes Kind unserer Zeit, ein Markstein sein soll auf dem Wege neudeutschen Kulturlebens.

Druck von A. Bilger, Dillenburg.